

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'IMMUNITÉ JUDICIAIRE

ÉTUDE SUR LE RÉGIME RÉPRESSIF
DE LA PAROLE EN JUSTICE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 28 mai 1918, à 1 heure 1/2

PAR

Robert de GEUSER

Avocat au Havre



Président : M. LE POITTEVIN, professeur

Suffragants { *MM. GARÇON, professeur*
DEMOGUE, professeur

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, VI^e

1918

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

R. de Geuser

I

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY

L'IMMUNITÉ JUDICIAIRE

ÉTUDE SUR LE RÉGIME RÉPRESSIF

DE LA PAROLE EN JUSTICE

INTRODUCTION

Sujet de la thèse.— Il n'est pas nécessaire d'avoir pendant longtemps fréquenté les audiences pour être frappé d'un phénomène qui, au premier abord, paraît choquant, c'est le renversement des principes ordinaires en matière d'injure, l'immunité couvrant les attaques dirigées non seulement contre ceux qui jouent un rôle au procès, mais même contre des tiers absolument étrangers aux débats.

Le témoin, venu sans malice, dire ce qu'il sait de l'affaire, voit fouiller avec insistance dans son passé par des parties désireuses d'y trouver des arguments propres à le déconsidérer.

Le prévenu, qui cependant s'en ira peut-être acquitté tout à l'heure, n'en reçoit pas moins pendant des minutes, fort longues pour lui, les apostrophes peu bienveillantes des magistrats ou de la partie civile.

Les plaideurs s'invectivent sans aucun ménagement.

Et tout cela, dans l'atmosphère spéciale du Palais, semble extrêmement naturel. Dans un pays où le respect de la vie privée et de la personnalité de chacun est poussé si loin que la moindre allusion à des faits déshonorants ou scandaleux, même très authentiques, même notoires, est considérée comme un délit et punie de peines pouvant s'élever jusqu'à plusieurs mois de prison, il paraît tout simple de porter une aussi grave atteinte aux droits les plus respectables.

Bien plus, le législateur lui-même consacre cette anomalie, en déclarant dans l'article 41 paragraphe 3 de la loi du 29 juillet 1881, que les discours prononcés et les écrits produits devant les tribunaux ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure, ou outrage.

Nous nous proposons d'analyser et de commenter cette disposition. Pour parler plus exactement, elle servira de base principale à notre étude, car celle-ci ne coïncidera pas exactement avec le cadre de ce texte ; elle sera moins large, visant seulement les discours et laissant volontairement de côté tout ce qui n'est pas la parole parlée (1) ; mais inversement et comme nous voulons étudier le phénomène dans son entier, elle sera plus compréhensive, car nous rechercherons les règles applicables à tous

1. Néanmoins, il pourra se faire que des arrêts ou des auteurs que nous aurons à citer comme consacrant un principe général applicable même aux discours, l'aient fait dans des espèces où il s'agissait d'écrits.

ceux qui parlent en justice, sans nous limiter comme le législateur de 1881 aux parties et à leurs défenseurs.

La difficulté de notre travail tient à ce que la loi s'est bornée, sur ce sujet, à quelques dispositions très brèves, présupposant l'existence du droit bien plutôt qu'elles ne le créent. Il nous faudra donc chercher dans la jurisprudence et les ouvrages des auteurs, des matériaux souvent disparates et parfois peu cohérents.

Néanmoins, l'immunité de la défense étant le principal aspect de la question, et l'article 41 demeurant le siège de la matière, le point central de toute la théorie que nous voulons développer, nous nous en écarterons peu et il déterminera le plan de cette étude.

Plan. — Comme il vise les trois délits que l'on peut grouper sous le nom d'injure, au sens large, nous commencerons par indiquer très brièvement leur histoire et leurs traits caractéristiques, tout en retraçant le développement de la législation spéciale aux incidents d'audience.

Ceci nous amènera à la loi sur la presse de 1881 : nous chercherons à préciser la nature des dispositions de son article 41, les points sur lesquels il déroge au droit commun et les conditions nécessaires à son application.

Il ne nous restera plus, avant d'examiner en détails les diverses mesures sanctionnant les droits et les écarts de la défense, qu'à déterminer la limite de

ces droits et les caractères que présentent, au point de vue répressif, les discours prononcés en justice.

Nous rechercherons ensuite en nous plaçant toujours au même point de vue, le régime applicable aux témoins et aux magistrats.

Nous espérons pouvoir ainsi donner une idée d'ensemble du phénomène signalé tout à l'heure ; mais pour que cette idée soit complète nous allons dès maintenant essayer de dégager les raisons théoriques qui expliquent et justifient les dérogations au droit commun présentées par notre sujet.

Justification théorique de l'immunité. — Dans l'ensemble des droits que la loi sanctionne, ou qui, à défaut de loi positive rentrent dans ce fonds commun de l'humanité appelé droit naturel, il n'y en a pas d'absolu.

L'homme a des droits seulement parce qu'il vit en société ; mais par cela aussi qu'il n'est pas seul au monde, ses droits sont limités et conditionnés par ceux de ses semblables.

Dans cet ensemble de droits concurrents, il s'établit une hiérarchie ; certains doivent céder le pas aux autres.

Cet effacement de certains droits devant des droits plus forts, se produit surtout lorsque la lutte s'établit entre ceux de la communauté, de la nation, et ceux des particuliers. Il suffit de nommer l'expropriation pour cause d'utilité publique, l'état de siège, le service militaire, pour trouver des cas où les droits

les plus respectables des citoyens disparaissent devant l'intérêt commun.

Mais le phénomène se manifeste aussi dans la sphère des intérêts privés. Voici le droit de propriété, par exemple, que l'article 544 du Code civil proclame l'un des plus absolus ; et cependant la loi et la jurisprudence l'entourent d'innombrables restrictions, notamment dans l'intérêt des propriétaires voisins.

Lui non plus, le droit dont la violation constitue les délits d'injure, au sens large, et que l'on pourrait appeler « droit au respect » n'est pas absolu. Nous le voyons ici céder le pas à un autre, investi par la loi de plus de garanties, celui que l'on connaît sous le nom de droit de libre défense (1).

1. Nous lui conserverons cette dénomination dans le cours de notre étude, mais en réalité elle n'est pas exacte et désigne le tout du nom de la partie. Qui dit : droit de la défense, a devant les yeux l'accusé, disputant sa tête à l'accusation devant une Cour d'assises ; mais si c'est là le principal aspect de la question, le plus frappant, ce n'est pas le seul ; comme le disait, dans un de ses réquisitoires, le procureur général Dupin, « les hommes ont d'abord intérêt à défendre leur vie et leur honneur, mais n'ont-ils pas aussi un intérêt puissant à défendre leur état politique et de famille, la propriété de leurs biens, la validité de leurs actes, l'exécution des engagements pris à leur égard. La diversité des objets n'empêche pas le droit d'être le même au civil qu'au criminel » (a) ; disons plus, on peut défendre ses droits aussi bien en prenant l'offensive qu'en se bornant à repousser l'attaque ; le demandeur mérite donc autant que son adversaire, les faveurs de la loi.

Certains législateurs ont traduit cette vérité dans la formule même dont ils se sont servis ; c'est ainsi qu'en Belgique, l'article 2 du décret du 20 juillet 1831, parle de « la liberté de la demande et de la défense devant les Tribunaux ou toutes autres autorités

a) D. 48. 1. 175, sous Cassation, 28 août 1848.

Dans les sociétés civilisées, celui-ci est entouré de toutes les protections, on le considère comme la base et le fondement de l'ordre social et de la liberté.

Devant lui s'abaissent toutes les barrières, cèdent tous les droits rivaux, non seulement les droits de l'adversaire contre qui l'on demande justice, mais aussi les droits des tiers.

On a le pouvoir d'arracher à ses affaires, pour lui demander son témoignage, un homme qui vous est totalement étranger ; bien plus on peut violer le respect qui s'attache à sa personnalité, ou à celle des tiers, dévoiler leurs tares, leurs passions, leurs fautes, si cela est nécessaire à l'œuvre de justice.

Cette nécessité suffit, elle justifie tout (1).

Mais ce droit si fort, si respecté, est soumis à la règle commune, il subit aussi des limitations. Si tous les peuples sont d'accord pour le proclamer et pour le protéger, son degré d'efficacité et de prééminence n'est pas le même partout.

Les nations très éprises de liberté le mettent au

constituées ». Les législateurs successifs, en France, se sont bornés à parler de la défense, mais la généralité d'application des dispositions qui la vise n'a jamais fait de doute pour personne.

Nous nous confirmerons donc à la terminologie usitée et nous appellerons droit de libre défense, ce qu'il faudrait, en réalité, désigner sous le nom de droit de se faire rendre justice.

1. Ce point de vue a été nettement formulé par un arrêt de la Cour de Rennes du 22 janvier 1879, (S. 81.2.153), dans les termes suivants : « Considérant que sans doute cette immunité peut exposer les citoyens aux atteintes des plus scandaleuses diffamations, mais qu'en l'établissant, la loi a fait taire l'intérêt privé pour n'écouter qu'un intérêt supérieur, celui de la manifestation de la vérité devant toutes les juridictions. »

sommet de la hiérarchie des droits. En Angleterre on peut dire tout devant les tribunaux, et fussent-ils nettement provoqués par le dessein de nuire, sans motifs raisonnables, étrangers à la cause, les discours prononcés en justice jouissent d'une immunité complète (1).

Chez nous, où la monarchie absolue et la toute puissance napoléonienne ont laissé dans les conceptions juridiques des traces sensibles, la liberté de la défense souffre des restrictions assez nombreuses. Notamment le législateur l'a fait passer après le respect de la loi et de l'autorité. Il est vrai que la jurisprudence a, dans le cours du xix^e siècle sensiblement adouci sur ce point la rigueur des principes de l'ordonnance du 20 novembre 1822 et de l'article 311 du Code d'instruction criminelle, mais ces principes subsistent toujours en théorie, et nous aurons l'occasion de signaler les points sur lesquels le droit de se défendre, doit à son tour disparaître devant d'autres droits plus forts.

Quoi qu'il en soit, la priorité du droit de défense, sur la plupart des droits concurrents ; elle assure à tous ceux qui participent à l'œuvre de justice, à des titres divers, une immunité qui, déjà très sensible et très sérieuse chez le plaideur, devient quasi-absolue chez les témoins, experts, magistrats, chez ceux, en un mot qui non seulement exercent un droit, mais accomplissent un devoir social.

1. Stephen, *A digest of the Criminal Law*, art. 276 ; Cour de Brighton, 5 juillet 1883 (*Jour. dr. intern. privé*, 1886, p. 119).

Aussi pouvons-nous poser, en tête de ce travail, comme un principe directeur, cette maxime empruntée à la jurisprudence, qu'en cette matière, « le droit de tout dire impunément est la règle et que toute restriction à ce droit doit être exactement circonscrite dans les limites mêmes du texte qui la prévoit (1) ».

1. Cass., 23 août 1848 précité.

TITRE PREMIER

Les délits d'outrage, d'injures et de diffamation et la législation spéciale aux troubles d'audience

SECTION PREMIÈRE

LES ORIGINES

A Rome l'outrage par parole se nommait *convicium*; il était puni (1) de peines variables suivant sa gravité et la condition de l'offenseur et de l'offensé.

Il ne paraît pas que les Romains aient fait de distinction bien nette entre l'injure et la calomnie ; mais ils admettaient d'une manière générale, à l'imitation des Grecs, que l'allégation de faits vrais n'était pas punissable ; la loi 18, Digeste, de *injuriis et famosis libellis*, L. XLVII, tit. X, dit : « *Eum qui nocentem infamavit, non esse bonum et æquum ob eam rem condemnare, peccata enim nocentium, nota esse, et oportere et expedire.* »

Cependant, on apporta par la suite une atténuation

1. A condition que le *maledictum* ait été proféré à haute voix (*vociferatione dictum*), ou prononcé dans une assemblée *in cætu* (D. L. 15, § 3. 11. 12 *De inj. et fam. lib.*).)

à ce principe en matière de libelles diffamatoires ; une constitution de Constantin (*Code Theod. Lib. I de fam. lib.*) décida que leur auteur resterait passible d'une peine, bien qu'il rapportât la preuve de la vérité du fait imputé ; mais ce principe ne s'appliqua jamais au *convicium* (1). Dans notre ancien droit au contraire, la règle est renversée et, d'une manière générale, la preuve des faits allégués est proscrite (2). La partie lésée a le choix entre la voie criminelle et la voie civile, sauf dans le cas d'injure légère, où cette dernière est seule ouverte. Quant aux peines, elles varient comme à Rome, suivant les circonstances du fait et la qualité des parties.

Quand on recherche si les Romains avaient réglementé les droits de la parole en justice, on constate, comme on le fera d'ailleurs pour la période de l'ancien droit français, deux particularités : d'abord, c'est sous forme de législation spéciale à la profession d'avocat, que se présentent les règles édictées ; ensuite elles ont pour but, bien plutôt de prévenir

1. Cependant Chassan, (t. I, p. 313, note 2) après Voet, *Commentaria ad Pandect* (Lib. 47, tit. 10, n° 9), se basant sur le texte de la loi 11 de *inj.* admet que l'on doit distinguer entre le cas où la divulgation intéresse ou non l'Etat ; dans ce dernier, l'imputation ne pouvant avoir d'autre but que le désir de nuire, devait être punie *nonobstante opprobrii veritate*. Il y aurait là le germe de la distinction établie par les lois de 1819 et 1881, entre le cas où l'on peut ou non, faire la preuve de la vérité du fait diffamatoire. D'une manière plus générale, il résulte de la loi 5 au Code de *injuriis* qu'il fallait pour jouir de l'impunité, que l'auteur de l'injure n'ait pas eu l'intention d'offenser *si non convicii consilio te aliquid injuriosum dixisse probare potes, fides veri a calumnia te defendit*.

2. Domat. Supp. au Droit public, liv, III, tit. XI, § 13.

des écarts, que de garantir des droits. Si l'on trouve par exemple dans la loi 6 au Code *de postulado*, la phrase : *agant quod causa desiderat*, qui semble de bon augure pour la liberté des avocats, c'est entourée de multiples restrictions, et l'on sent bien que la grande préoccupation des empereurs Valentinien et Valens, auteurs de cette loi, a été de lutter contre les excès de la parole et non de favoriser les plaideurs.

Cette préoccupation se retrouve d'une manière constante pendant tout notre ancien droit ; on relève à chaque pas, dans les ordonnances du moyen âge et même d'une époque plus rapprochée, ces avertissements : « Avocats ne diront paroles injurieuses contre les parties ou autres » (1). « Avocats ne doivent user de contentions et exclamations les uns contre les autres » (2).

Il est fort probable d'ailleurs que la liberté de la défense devait être en fait très largement pratiquée, puisqu'on ne pense qu'à en prévenir les excès et jamais à la consacrer législativement d'une manière directe. A peine trouve-t-on par ci par là chez les auteurs, quelques mots s'y rapportant ; c'est ainsi que, dans *la Somme rurale* de Bouteiller (L. 2, tit. 2 g. 1, p. 155) on rencontre cette phrase « Se doit l'avocat garder de dire des injures à la partie adverse, si ainsi n'était qu'à servir à sa cause, nécessairement pour le droit de la cause : » On y sent percer la

1. Ord. Phil. VI, 1344 ; Charles VII, 1453, article 54, Louis XII, 1533, ch. IV, article 17.

2. Ord. François I^{er}, 1539, article 40.

distinction moderne entre les injures et diffamations étrangères à la cause et celles qui servent à justifier les conclusions des parties ; mais visiblement la pensée dominante de l'auteur est de prêcher la modération aux avocats.

A la fin de l'ancien régime s'il n'existe aucun texte général réglant les droits de la défense, ou le statut de la parole en justice (1), on peut résumer l'état du droit à ce point de vue en disant que « l'Ancienne jurisprudence, sans avoir admis les principes qui nous régissent aujourd'hui, accordait une juste protection à la défense des parties » (2).

L'avocat général Portal, en 1707, dans un réquisitoire demeuré célèbre, en donnait les raisons en ces termes : « Il est des espèces où l'on ne peut défendre la cause sans offenser la personne ; attaquer l'injustice sans déshonorer la partie ; expliquer les faits sans se servir de termes durs, seuls capables de les faire sentir, et de les représenter aux yeux des juges. Dans ce cas, les faits injurieux, dès qu'ils sont exempts de calomnie, sont la cause même, bien loin d'en être les dehors, et la partie qui s'en plaint doit plutôt accuser le dérèglement de sa conduite que l'indiscrétion de son adversaire ou de son avocat. »

Les anciens recueils d'Arrêts contiennent de nombreux exemples de décisions réprimant avec une

1. Voir cependant l'ordonnance dite de Lorraine de 1707, citée par Dareau dans son *Traité des injures* et qui paraît avoir eu pour but d'assurer la liberté des débats judiciaires.

2. D. R., V. presse-outrage, n° 1171.

grande sévérité les outrages adressés à des avocats dans le cours, ou à raison de leurs plaidoiries (1), bien que, à cette époque, la liberté d'exprimer sa pensée ne fût ni reconnue, ni même tolérée, on vit souvent les rois les plus absolus s'incliner devant cette prérogative du barreau, consacrée par la tradition.

C'est à dessein que nous nous servons des mots « prérogative du barreau » car ce droit qui devrait, en théorie, s'appliquer à toute parole prononcée en justice, apparaissait alors comme un privilège réservé aux seuls avocats : Tandis qu'un Anne du Bourg, conseiller au Parlement, était poursuivi et condamné au dernier supplice pour expier des paroles prononcées au cours d'une délibération (2), on vit des avocats se livrer, même en présence du roi, à de grandes violences oratoires et jouir d'une quasi-impunité ou, tout au moins, n'encourir que des peines disciplinaires.

Le principe moderne de la liberté et de l'immunité de la discussion judiciaire se trouvait donc en puissance dans notre ancien droit et si l'honneur de l'avoir proclamé revient au législateur moderne, on ne peut pas dire qu'il l'ait créé.

La pratique ancienne, sur le terrain de la procédure, avait encore admis une règle que se sont

1. Arrêt du Parl. de Rennes, 31 janvier 1741 (*Jal. Parl. de Bretagne*, t. III, p. 343) ; Arr. Parl. Paris, 25 janv. 1781 ; Arr. Parl. Paris de 1638, 1752, 1756, rapportés par Merlin ; v^o avocat, V. aussi Cresson, t. II, p. 60-61.

2. Gaudry, p. 289-293, t. I.

appropriée les lois de 1819 et 1881 : c'est celle qui attribue la répression des écarts de langage des plaideurs aux juges devant lesquels ils se produisent, seuls qualifiés pour en apprécier la gravité et pour en mesurer le châtement. Cette règle coutumière n'a pas trouvé place dans le Code du 3 brumaire an IV, mais elle se maintint sous son empire, et l'on peut relever à cette époque plusieurs décisions qui en ont fait application, jugeant constamment « que les discours injurieux contre l'une des parties, tenus à l'audience d'un tribunal peuvent donner lieu seulement à une demande incidente devant le tribunal saisi et non à une action séparée devant un autre tribunal (1).

1. Cass., 5 messidor an X et 3 brumaire an X (D. R., v^o press. out., n^o 1171 (1) et (2).)

SECTION II

LE DROIT MODERNE

Tel était l'état de la question au début du xix^e siècle. Nous allons voir par quelles étapes a passé depuis lors la législation, tant en ce qui concerne les délits de diffamation, d'injure et d'outrage, qu'au point de vue spécial de la réglementation des débats judiciaires.

Il paraît préférable, pour dégager nettement les traits essentiels de l'évolution du droit en cette matière, d'étudier séparément ces trois délits, ainsi que les textes visant la liberté de la discussion en justice, de sorte que cette partie de notre étude se divisera ainsi en quatre chapitres : 1^o 2^o 3^o, la diffamation, l'injure et l'outrage, leur évolution au cours du xix^e siècle, leurs éléments constitutifs dans le droit actuel ; 4^o aperçu historique des textes qui ont réglementé la discussion oratoire devant les tribunaux depuis la Révolution jusqu'à nos jours.

CHAPITRE PREMIER

Diffamation

HISTORIQUE

Le Code pénal est le premier des textes modernes contenant des dispositions relatives à la diffamation, qu'il prévoit sous le nom de calomnie. En effet, la loi du 25 septembre 1791 ne s'en était pas occupée et le code du 3 brumaire an IV, dans son article 605, négligeant entièrement celle qui se produisait par écrit (1), punissait de peines légères celle qui revêtait la forme d'injures verbales.

Les articles 367 et 370 du Code pénal définissent la calomnie comme « l'imputation publique de faits faux qui, s'ils existaient, exposeraient celui contre lequel ils sont articulés, à des poursuites, ou seulement au mépris ou à la haine des citoyens. » La fausseté des faits allégués est donc, en théorie tout au moins, un élément constitutif du délit. Nous disons

1. Dans un cas tout à fait exceptionnel, cette calomnie était punie de la peine capitale par le décret du 6 floréal an II. V. Merlin, répertoire ; v. calomnie, n° 3.

en théorie, car en fait l'article 368 pose en règle générale que « toute imputation à l'appui de laquelle la preuve légale n'est pas rapportée est réputée fausse ». Et l'article 370 admet seulement comme preuve légale celle résultant d'un jugement ou d'un acte authentique (1).

Ce système avait le défaut, en assurant l'impunité à l'auteur d'articulations légalement prouvées, d'empêcher le relèvement des coupables et de protéger la méchanceté.

La loi du 17 mai 1819 devait y remédier en supprimant le délit de calomnie, avec son élément essentiel : « la fausseté du fait imputé ». Elle le remplace par celui de diffamation, que son article 13 définit : « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé. »

Que le fait soit vrai ou faux, peu importe, l'auteur de l'allégation n'est pas recevable à en administrer la preuve.

La loi du 26 mai 1819 (2) apporta une exception à ce principe en autorisant cette preuve, vis-à-vis des « dépositaires ou agents de l'autorité » ou de « toutes

1. Cependant lorsque les faits imputés étaient punissables suivant la loi et que l'auteur de l'imputation les avait dénoncés, il devait être, durant l'instruction sur ces faits, sursis à la poursuite (art. 312 C. pén.). Cette disposition a été conservée par les lois de 1819 et 1881 ; mais elle n'est plus d'accord avec leur système général en matière de diffamation et donne lieu à des interprétations divergentes. V. Barbier, n° 593 et Fabreguettes, n° 133 bis.

2. Art. 20.

personnes ayant agi dans un caractère public, » pour les faits relatifs à leurs fonctions (1) (2) (3).

La loi du 29 juillet 1881 a maintenu cette exception dans son article 35, en ajoutant aux personnes envers qui la preuve est permise « les directeurs ou administrateurs de toute entreprise industrielle, commerciale ou financière, faisant publiquement appel à l'épargne ou crédit. » Elle donne d'ailleurs de la diffamation la même définition, dans son article 29 que la loi de 1819. Toutes les solutions adoptées sur ce sujet, sous l'empire de cette dernière, doivent donc être encore admises aujourd'hui.

ÉLÉMENTS DU DÉLIT

Nous allons indiquer les éléments constitutifs du délit de diffamation, dans l'état actuel de notre droit.

1. Il aurait peut-être été plus logique de maintenir concurremment les deux délits de calomnie et de diffamation, puisqu'en somme, dans ce cas, c'est la calomnie que l'on punit. En ce sens, Chassan, t. 1, p. 333 : Rapport du duc de Broglie à la Ch. des Pairs sur la loi de 1819.

2. Il n'y a là que la persistance, dans une formule nouvelle de la distinction tirée par les anciens criminalistes de la loi *Eum qui nocentem*, entre les injures dictées par l'intérêt public et celles qui ne s'expliquent que par un sentiment d'animosité (notamment Voet. Comment. L. 47, tit. 10, n° 9; *Carpzorius, rerum crim. fract. nova*, pars II, quest. 96, etc.).

3. En ce qui concerne les moyens de preuve admis, la législation a subi de nombreuses variations. La loi de 1819 les admettait tous ; la loi du 25 mars 1822 proscrivit la preuve par témoins ; la loi du 8 octobre 1830 revint aux principes de celle de 1819 ; de nouveau le décret du 17 février 1852 art. 28 interdit la preuve par témoins, mais la faculté de prouver la vérité des imputations par tout moyen fut rétablie par la loi du 15 avril 1871 et définitivement consacrée par l'art. 36 de la loi du 29 juillet 1881.

Passons très rapidement sur les quatre premiers, ce sont :

1° L'existence d'une allégation ou amputation.
« L'allégation, disait M. Courvoisier, rapporteur de la loi de 1819, c'est l'énonciation d'un fait sur la foi d'autrui, ou l'assertion qui se produit sous l'ombre du doute ; l'imputation, c'est l'affirmation personnelle de celui qui parle ou écrit ;

2° L'allégation ou amputation doit porter sur un fait déterminé, c'est-à-dire susceptible d'être prouvé (1) ;

3° Il faut que la divulgation de ce fait soit de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne visée (2) ;

4° Celle-ci doit être désignée d'une façon suffisamment claire et individuelle pour qu'il n'y ait pas de doute sur son identité (3).

Intention de nuire. — Nous arrivons à l'élément intentionnel du délit et nous devons l'étudier avec soin étant donné son importance pour notre sujet.

1. Sur la difficulté de reconnaître si une allégation porte ou non sur un fait déterminé. V. Grellet-Dumazeau. t. I, n° 36 et Barbier, n° 404 bis.

2. Mais il n'est pas nécessaire que le dommage soit effectivement réalisé, Carpentier. v° diffamation, n° 122.

3. Le sujet passif de la diffamation peut être une personne physique ou morale ; mais reste à l'abri de toute action, l'imputation adressée à une collectivité, de telle façon qu'il soit « possible de considérer que la personne qui se plaint peut ne pas se trouver comprise dans la collectivité ». Fabreguettes, n° 274. V. une application de ce principe dans la Loi des 15-16 septembre 1916 ; Toulouse, 20 juin 1916, Aff. de Bellomayre et autres contre la Dépêche et Paul Adam.

a) JURISPRUDENCE. — La jurisprudence à ce point de vue est très nette et peut se résumer dans les cinq propositions suivantes :

1° La diffamation n'est caractérisée que si elle comporte ce que l'on appelle « l'intention de nuire », que nous nous abstenons de définir autrement pour l'instant.

2° Cette intention de nuire est absolument indépendante de la bonne foi, ou sentiment que l'on a de la légitimité de l'acte qu'on accomplit (1).

3° L'intention de nuire se présume de droit.

4° Néanmoins, il appartient aux tribunaux de décider en fait qu'elle ne se rencontre pas dans une espèce donnée.

5° Ils ont pour cela un pouvoir souverain d'appréciation, à condition de ne pas se borner à une simple affirmation et de motiver leur décision sur les circonstances précises de la cause (2).

b) DOCTRINE. — Si l'on ne se contente pas d'enregistrer les solutions de la jurisprudence, et que l'on recherche la nature exacte de cet élément intentionnel, on se trouve en présence de deux théories doctrinales nettement opposées.

1. La plupart des arrêts affirment que l'intention de nuire est également indépendante du « mobile », mais nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de cette théorie. V. notamment Cass., 2 mai 1896, D. 97. I. 173 ; Cass., 6 août 1896, S. 97. I. 252 ; Cass., 23 octobre 1897, S. 98. I. 107.

2. Jurisprudence constante. V. notamment Cass., 12 février 1891, D. 92. I. 176. *Trib. de Melun*, 21 novembre 1917 ; *Gaz. Trib.* 18 janvier 1918.

1^o *Théorie de M. Villey.* — La première a été développée par M. Villey dans une note du recueil de Sirey de 1887, 1^{re} partie, page 137, sous un arrêt de la Cour de cassation du 25 avril 1885.

Elle est basée sur ce principe que l'intention, en matière de diffamation, est la même chose que dans tous les autres délits intentionnels. C'est, dit M. Garçon, qui se rattache à ce système : « La conscience chez l'agent du caractère de l'acte tel qu'il est réprimé par la loi, connaissance indépendante de toute intention spéciale de nuire et du but que l'agent peut avoir voulu atteindre » (1).

On commet donc une erreur en parlant « d'intention de nuire ». Quand bien même l'auteur de la diffamation n'aurait pas eu en vue de causer du tort à sa victime, mais simplement de se procurer un bénéfice, une satisfaction, ou même de rendre service à autrui, le délit n'en serait pas moins caractérisé. Non seulement on ne doit pas, chez l'auteur de la diffamation, tenir compte de la bonne foi, mais pas même du mobile qui l'inspire, du but qui le guide.

Il suffit que se rencontre « l'intention » abstraite, intention qui, vu la nature de l'acte envisagé, se confond pour ainsi dire avec la volonté de l'accomplir.

1. Garçon, C. pén. annoté, art. 222, n° 173. Dans le même sens rapport de M. le conseiller Tanon s. Cass., 19 décembre 1885, S. 86.1.86. M. Fabreguettes paraît suivre les mêmes principes, quoique certaines expressions qu'il emploie puissent laisser croire le contraire, n° 289.

De droit commun, en effet la volonté porte sur l'acte lui-même, et l'intention sur les conséquences de l'acte ; mais ici les conséquences nuisibles sont tellement inhérentes à l'acte, que la volonté d'accomplir l'acte lésionnaire implique nécessairement la volonté de produire la lésion et supprime ainsi la question d'intention. D'où suit logiquement la règle admise par la jurisprudence et que l'on exprime généralement en disant qu'en matière de diffamation, l'intention de nuire se présume.

Il faudra donc, pour effacer le caractère délictueux de l'acte, non seulement que le but poursuivi n'ait pas été de causer un préjudice, mais que le diffamateur ait pu normalement n'avoir pas conscience du mal qu'il devait faire. C'est ce qu'a très nettement exprimé, dans les termes suivants, un arrêt de la Cour d'Aix du 19 février 1869 (1) :

« Attendu qu'il ne suffit point de n'avoir pas eu l'intention formelle de nuire directement à telle personne déterminée, mais qu'il faut avant d'accomplir un acte quelconque, savoir se rendre compte des résultats auxquels cet acte doit aboutir, et qu'il convient de s'arrêter dans son exécution s'il est impossible de prévoir combien l'acte auquel on se livre pourrait entraîner de préjudice pour les tiers. »

2^o *Théorie de M. Chavegrin.* — Cette théorie nous paraît avoir le gros inconvénient de ne pas donner

1. D. 69. 2.83.

une explication satisfaisante de la plupart des décisions qui admettent l'absence d'intention de nuire.

Un exemple mettra bien en lumière ce défaut :

Au moment des apparitions de la Salette, deux prêtres furent poursuivis pour avoir imputé à une Dlle de L... des manœuvres tendant à se faire passer pour la vierge. Ils furent acquittés comme ayant agi sans intention de nuire ; et la Cour de cassation rejeta le pourvoi contre la décision qui les renvoyait des fins de la poursuite, pour les motifs suivants : « que le but unique des deux défendeurs a été d'éclaircir, dans l'intérêt de la vérité et de la religion, un fait demeuré obscur, de combattre ce qu'ils regardaient comme une erreur et d'en empêcher la propagation » (1).

Qu'est-ce qui détermine la Cour à admettre l'absence d'intention de nuire ? C'est le mobile de l'acte. Quant à l'intention abstraite, au sens où l'entend la doctrine précitée, on ne peut nier qu'elle existât en l'espèce. Les deux prêtres incriminés savaient parfaitement que leurs imputations étaient de nature à causer un préjudice à la personne qui en était l'objet. Mais la Cour a considéré que le but poursuivi légitimait les moyens employés pour l'atteindre.

La vérité est que si l'on adoptait la doctrine de M. Villey, un acquittement ne pourrait presque

1. Cass., 17 mai 1858, D: 58. I. 248.

jamais intervenir. Or, nous l'avons dit, il n'est pas d'année où les recueils n'en enregistrent de nombreux, prononcés pour défaut d'intention de nuire.

Aussi la théorie opposée n'hésite-t-elle pas à exiger comme élément constitutif du délit de diffamation, l'intention spéciale de nuire. Cette théorie a été exposée dans une note de Sirey de 1887 (1) par M. Chavegrin, et développée à nouveau en 1905, dans le même recueil, par M. A. Roux, professeur à la Faculté de Dijon (2). Elle est mieux en harmonie avec les précédents historiques; depuis le droit romain, en effet, tous les auteurs ont été d'accord pour exiger l'*animus injuriandi* comme condition essentielle de ce genre de délit.

Les législateurs de 1819 partageaient cette manière de voir. « La diffamation, dit l'exposé des motifs de la loi du 17 mai, dénote d'une part, l'intention de nuire et de l'autre le dommage causé. » C'est ce qu'exprime nettement le Code pénal belge, en punissant comme calomniateur « celui qui a *méchamment* imputé un fait à une personne ».

Cela ne veut pas dire d'ailleurs que la méchanceté doive être le seul mobile de l'acte; celui-ci peut avoir été, en même temps, dicté par d'autres considérations; mais l'intention méchante doit exister pour que le délit soit caractérisé. Il est vrai qu'en présence d'imputations diffamatoires, on la présume

1. Sous Cass., 23 octobre 1886, S. 1887. I. 44.

2. Sous Cass., 30 décembre 1904, S. 1905. I. 538.

de plein droit, mais cette présomption apparaît comme l'expression de la règle *presumptio sumitur de eo quod plerumque fit*.

Ce système, en tenant compte du mobile qui a inspiré les propos incriminés, a l'avantage de rendre facile l'explication des solutions de la jurisprudence. Lorsqu'elle prononce un acquittement pour défaut d'intention de nuire, celle-ci, en effet, se base presque toujours sur le but qu'a visé le prévenu. Le mobile, quoiqu'en disent certains arrêts, n'est donc pas indifférent.

3^e Critique. — *Essai d'une théorie transactionnelle*. — Cependant la théorie de M. Chavegrin n'échappe pas à toute critique. La jurisprudence admet l'existence de ce qu'elle appelle « l'intention de nuire » ; dans des cas où visiblement il n'existe aucune intention méchante, mais où simplement le but poursuivi, pour licite en soi, ne paraît pas suffisant pour faire céder le grand principe du respect dû à la personnalité d'autrui (1).

Pour arriver, dans ce cas, à maintenir la règle de la nécessité de l'intention de nuire, on est obligé de s'abriter derrière la présomption jurisprudentielle et de dire à peu près : « Il n'y a pas intention de nuire, mais l'on fait comme si elle existait ».

La véritable solution juridique paraît être entre les deux systèmes que nous avons exposés.

1. V. notamment le cas de l'administration condamnée pour avoir fait, tant dans son intérêt que dans celui du public, afficher dans ses bureaux des faits diffamatoires pour un de ses employés. Cass. Crim., 28 avril 1843, S. 43. 1. 727.

Le premier semble logique en rejetant la nécessité de l'intention spéciale de nuire pour se contenter de l'élément intentionnel ordinaire en matière pénale, ici intimement lié à la volonté d'accomplir l'acte incriminé. A quoi bon, en effet, s'embarrasser d'une fiction qui ne correspond pas à la réalité ?

Mais il a tort d'affecter de négliger le mobile qui a dicté les propos diffamatoires. En effet, et c'est la supériorité de la théorie de M. Chavegrin de l'avoir proclamé, tout est dans le mobile. Il suffit de parcourir les solutions de la jurisprudence, pour se rendre compte que celle-ci, bien que parfois inconsciemment, en tire le plus souvent une considération déterminante de la criminalité de l'acte.

Le but poursuivi est-il assez sérieux, assez légitime, pour justifier le moyen employé, l'auteur de l'imputation a-t-il par exemple eu surtout en vue l'intérêt public, le juge peut et doit proclamer son innocence (1).

Le mobile du prévenu, au contraire, n'offre-t-il pas une importance sociale suffisante pour qu'il prime les intérêts particuliers, il y a diffamation et cela se produit, bien entendu principalement et d'abord, quand les propos incriminés sont dictés par un esprit de dénigrement et de méchanceté. Mais il peut également en être ainsi quand cet esprit fait défaut. Mieux vaut alors, se placer nettement en face de la réalité, parler de l'insuffisance du motif pour légitimer

1. Barbier, 417.

les imputations, plutôt que de supposer fictivement une intention de nuire inexistante.

Il y a là, en somme, une simple application du principe que nous avons formulé au début de cette étude, sur la hiérarchie des droits. Ils appartiennent au juge de peser dans chaque espèce les droits et les intérêts en présence et de dire lequel doit l'emporter sur les autres.

Un exemple pris au hasard dans la jurisprudence, va nous permettre d'apprécier l'exactitude de ce point de vue.

Un sieur A... s'était livré à une violente campagne de presse contre une famille qu'il accusait d'avoir séquestré et fait passer pour fou l'un de ses membres. Condamné en première instance et en appel, il se pourvut devant la Cour de cassation. Celle-ci rejeta le pourvoi, par des motifs qui méritent d'être retenus.

« Attendu, dit la Cour suprême, que l'arrêt attaqué a condamné A... tout en constatant sa bonne foi et son entière sincérité... l'absence chez lui de tout mobile intéressé, et en reconnaissant qu'il avait écrit les articles incriminés sous l'empire de sentiments généreux.

« Mais attendu que ces constatations n'impliquent pas qu'en écrivant les articles qui sont la base de la poursuite, A... n'ait pas eu l'intention délictueuse prévue par la loi..., qu'une famille toute entière a été trainée dans la boue..., enfin que d'un bout à l'autre

cette campagne de presse a été conduite avec une implacable cruauté (1). »

Remarquons cette affirmation de l'absence de toute « intention coupable », qui se concilie mal avec celle de l'existence de « l'intention délictueuse prévue par la loi ». Qu'est-ce que cette « intention délictueuse » qui n'est pas une intention coupable ? Pourquoi ne pas appeler les choses par leur nom et ne pas laisser de côté cette fiction encombrante et inutile de « l'intention de nuire », pour dire tout ouvertement que le délit est caractérisé par ce fait que le but poursuivi ne suffit pas à légitimer le moyen employé ; cette idée est si exacte d'ailleurs que le même arrêt l'exprime à mots couverts :

« Attendu, y lisons-nous, que l'intervention du prévenu, qui aurait pu se comprendre pendant la vie d'Antonin Pomier, lorsqu'il s'agissait de faire sortir celui-ci de l'asile où il était enfermé, ne se justifiait en aucune façon après la mort de cette personne. »

Voilà qui est clair : du vivant du sequestré, l'intérêt qu'il y avait à chercher à le libérer, primant le respect dû à la personnalité de ses parents, aurait supprimé le caractère délictueux des propos ou articles incriminés, mais après sa mort, cet intérêt disparaissant, la divulgation des faits en question ne peut plus s'expliquer que par la pensée de désigner des coupables au mépris du public. Or ce

1. Cass, 13 déc. 1908, S. 1910-1-280.

but, pour généreux qu'il puisse être, ne légitime pas le moyen employé, car la loi en met un autre à la disposition de chacun, c'est la dénonciation des faits à l'autorité chargée de les réprimer.

Qu'on n'aille pas, après cela, dire que le but, le mobile, est inopérant puisque c'est précisément la différence des mobiles qui fait que dans un cas l'acte est licite, et que, dans l'autre, il constitue un délit.

Nous avons dit qu'il appartenait aux tribunaux d'apprécier souverainement l'importance et la valeur du mobile qui a conduit l'auteur des propos incriminés. C'est qu'ici la loi n'a pas établi elle-même la hiérarchie des droits concurrents, et a laissé aux juges le soin de déterminer, dans chaque espèce, lequel est le plus respectable, de l'intérêt de la personne diffamée à ne pas voir découvrir ses tares et ses vices, ou de celui qui pousse le prévenu à publier les faits diffamatoires.

Le Code pénal de 1810 avait été, nous l'avons vu, plus prévoyant en précisant un cas où le mobile excusait les propos injurieux : celui où ces propos étaient nécessités par l'accomplissement d'un devoir.

L'article 367 a été abrogé, mais sa disposition est de celles qui, fondées sur la raison, sont plutôt déclaratives qu'attributives de droit et qui s'imposent même en l'absence d'un texte les consacrant (1). La jurisprudence continue donc à en suivre l'esprit et elle a même ajouté au cas prévu par le Code, celui

1. D. R., V. press. out., n° 1182.

où la divulgation des faits diffamatoires constitue non pas même un devoir, mais seulement l'exercice d'un droit. Il y a là deux circonstances qui, d'une manière générale, légitiment toutes les imputations.

On peut donc dire, pour employer la terminologie usuelle, que si la présomption d'intention de nuire, de règle en matière de diffamation, peut disparaître devant la preuve des circonstances particulières qui la détruisent, il y a deux circonstances générales qui renversent cette présomption, savoir : le fait que les imputations ou allégations diffamatoires constituent l'exercice d'un droit ou l'accomplissement d'un devoir (1).

C'est dans ce sens que Barbier a pu définir l'intention de nuire en matière de diffamation : « La volonté de causer un préjudice matériel ou moral à un tiers, ou au moins la conscience du préjudice qu'on peut lui causer en lui imputant avec publicité, en dehors de l'exercice d'un droit ou de l'accomplissement d'un devoir, un fait vrai ou faux, de nature à porter atteinte à son honneur ou à sa considération (2).

Publicité. — Éléments. — La diffamation n'est punissable comme telle, que si elle est publique, à défaut de ce caractère, et bien que tous les autres éléments du délit se rencontrent, on se trouvera en

1. V. notamm., Cass. 29 août 1846, D. 46. 1. 382 ; Cass., 27 juin 1851, D. 51. 54. 16 ; Nancy, 27 juillet 1858 (*Jal. dr. crim.*, 1858-1021) ; Rouen, 26 décembre 1874, D. 74. 22. 23 ; Bordeaux, 16 avril 1886, D. 87. 2. 79.

2. Barbier, n° 417.

présence soit d'un outrage réprimé par les articles 222 et suivants du Code pénal, soit de la contravention d'injure non publique de l'article 471, paragraphe 11 du Code pénal.

Les divers modes de publicité de la diffamation sont énumérés par les articles 23 et 28 de la loi de 1881. Nous laisserons de côté ceux qui n'intéressent pas directement le sujet de notre étude, pour nous arrêter seulement aux discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics. Ainsi limitée, cette condition de publicité se décompose en trois éléments que nous allons très rapidement passer en revue.

a) DISCOURS, CRIS, MENACES. — Il faut d'abord qu'il y ait « discours, cris ou menaces ».

Le discours, c'est toute « parole parlée » ; toute émission de mots produite sans colère, sans surexcitation, sans forcer la voix, peu importe la forme dans laquelle, d'ailleurs elle se manifeste, plaidoirie, conférence, simple interjection, chant, etc... Quant aux cris, on les qualifie généralement « tout ce qui cesse d'être la parole articulée », huées, hurlements, grognements, coassements, glapissements, vociférations, sifflets (1). Cette manière de voir peut prêter à la critique ; d'une part, en effet il est incontestable que la parole articulée peut quelquefois constituer un cri, suivant son mode d'émission ; d'autre part, s'il n'en était pas ainsi, on ne com-

1. Fabreguettes, n° 54.

R. de Geuser

prendrait pas qu'une émission de sons inarticulés, puisse constituer « l'articulation d'un fait déterminé », aussi paraît-il plus logique de définir le cri, par opposition au discours : « toute émission de sons, produite avec colère, surexcitation ou en forçant la voix ».

En ce qui concerne la « menace », c'est par un vice de classification que la loi l'énumère ici, car elle n'est pas un mode d'émission des sons, et se caractérise seulement par son but, son intention d'intimidation. Quand elle est orale, elle constitue toujours, soit un discours, soit un cri.

b) PROFÉRATION. — Les propos diffamatoires doivent avoir été « proférés ». Ce mot a été introduit dans la loi de 1819 par un amendement de M. Jacquinot de Pampelune qui le substitua au mot « tenu ». Proférer c'est « prononcer à voix relativement haute avec un ton et un accent qui dénotent que l'on ne se garde pas de son entourage ».

c) LIEUX OU RÉUNIONS PUBLICS. — Le dernier élément qui constitue la publicité en notre matière, c'est que les propos proférés l'aient été dans une réunion ou dans un lieu publics.

Les réunions publiques sont celles qui sont ouvertes soit au public en général, soit même à une certaine catégorie de citoyens sans désignation de personnes nominativement convoquées (1).

Quant aux lieux publics, ce sont ceux qui sont

1. Cass., 7 août 1885, D. 85.1.475.

« ouverts ou accessibles à tout le monde, soit gratuitement, soit moyennant rétribution ou certaines conditions d'admissibilité (1).

La doctrine distingue les lieux publics par nature, par destination, ou par accident.

C'est dans la seconde catégorie que rentrent les salles d'audience, des Cours et tribunaux. Toute diffamation qui y sera proférée aura donc *ipso facto*, un caractère de publicité suffisant pour que, si elle renferme les éléments que nous avons énumérés, elle constitue le délit prévu par les articles 29 à 36 de la loi du 29 juillet 1881 (2).

1. Chassan, t. I, p. 44.

2. *Quid* en cas de huis clos? On pense généralement qu'il n'y a pas alors publicité au sens des articles 23 et 29. Carpentier, v^o diffam., n^o 515. Cependant il est à remarquer que le huis clos n'existe pas pour toute une catégorie de personnes, même non intéressées à l'affaire et qui peuvent constituer un véritable public, susceptible d'être nombreux, magistrats, avocats, etc... Il serait peut-être plus conforme à la réalité de dire qu'en cas de huis clos, l'existence de la publicité sera une question de fait.

CHAPITRE II

Injure

L'ancien droit entendait le mot injure dans un sens large, et la jurisprudence, sous le Code de brumaire an IV (1), en donnait une définition suffisamment compréhensive pour embrasser aussi l'outrage et la diffamation (2).

Le Code pénal, tout en assimilant les injures verbales à celles qui se produisaient par écrit, a réalisé la séparation de l'injure et de la calomnie, mais il omit d'en indiquer le critérium. Son système cependant mérite de retenir l'attention : il introduit la distinction des injures en deux catégories, suivant qu'elles renferment ou non l'imputation d'un vice déterminé, distinction qui s'est perpétuée jusqu'à la loi de 1881.

La loi de 1819 définit l'injure « toute expression

1. L'article 605, n° 7, C. brumaire, punissait l'injure de peines de police, mais ne la définissait pas, et il ne visait que l'injure verbale.

2. « Tout propos tendant à attaquer la probité, l'honneur, la réputation de quelqu'un ou à porter atteinte à son crédit ou à sa considération ». D. R., v° press. out., n° 918.

outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait déterminé » ; son article 19 punit de peines correctionnelles celles qui réunissent les deux caractères de publicité et d'imputation d'un vice déterminé ; si l'une de ces deux conditions fait défaut, on se trouve en présence de la simple contravention d'injure, punie par l'article 20 de peines de police (1).

Le législateur de 1881, en reproduisant dans l'article 22 la définition donnée par la loi de 1819, a supprimé la distinction des injures contenant ou non l'imputation d'un vice déterminé, pour ne maintenir que celle des injures publiques et non publiques.

Au point de vue spécial de notre étude, il est intéressant de répartir les injures en deux catégories que l'on pourrait intituler : « injures en la forme » et « injures au fond » ; les unes tirant leur caractère injurieux de la simple forme dans laquelle se manifeste l'intention outrageante, alors que dans les autres ce qui est outrageant, c'est la pensée exprimée, indépendamment des mots qui l'extériorisent. On se trouve dans le premier cas en présence d'une simple qualification injurieuse, à laquelle ne s'attache aucun sens bien précis : Cochon, Voyou, etc..., tandis que dans le second il y a, bien qu'elle ne porte pas sur un fait précis, une véritable imputation différant peu par sa nature intrinsèque de la diffamation. Exemple :

1. Sur les hésitations de la jurisprudence en ce qui concerne le critérium des injures contenant ou non l'imputation d'un vice déterminé, V. D. R. V. press. outr., n° 924.

Dire d'un homme : qu'il est sans foi et sans honneur, qu'il est un parvenu parti de rien et arrivé très rapidement à la fortune, qu'il ne fait plus partie d'une maison de commerce pour des raisons assez graves pour ne pas les citer (1).

Nous n'insisterons pas sur les divers éléments constitutifs du délit d'injure, ce qui nous entraînerait par trop hors de notre sujet. Arrêtons-nous seulement un instant à l'intention de nuire.

Tout ce qui a été dit plus haut sur cette question à propos de la diffamation paraît applicable aux imputations injurieuses. Quant aux simples qualificatifs injurieux, leur caractère délictueux est évidemment conditionné par l'*animus injuriandi* de leur auteur, mais pour apprécier celle-ci, on devra faire acception des circonstances de lieu, de temps et de personnes (2).

Lorsque tous les éléments du délit sont réunis à l'exception de la publicité, on se trouve en présence de la contravention d'injure, qui présente ce caractère particulier d'exiger un élément intentionnel, contrairement à la règle générale en matière de contravention (3).

Elle est d'ailleurs soumise à toutes les dispositions spéciales de la loi de 1881 au point de vue de la récidive, de la prescription, etc...

1. Cass. Crim., 5 déc. 1861, D. 62, 5, 258 ; Cass. crim., 11 janv. 1873, D. 73-1-389 ; Paris, 6 mars 1844, D. R. v^o press. out., 822.

2. V. Henrion de Pansey, *De la compétence du Juge de Paix*, Chap. XX et Favart de Langlade, Répertoire ; V. Injure par. I., n^o 1.

3. D. R. supp. v^o Press. outr. N^o 1064 ; Cass. crim., 11 août 1877, D. 79. 1. 236.

CHAPITRE III

Outrage

Nous arrivons à une troisième catégorie de délits, les outrages.

Ce mot, comme celui d'injure, est susceptible d'embrasser tout ce qu'un auteur contemporain (1) appelle « les attentats à l'honneur » ; mais, dans la terminologie du Code pénal, il s'applique seulement aux « attaques d'un caractère injurieux ou diffamatoire, dirigées contre les dépositaires de l'autorité ou de la force publique, soit dans l'exercice de leurs fonctions, soit à l'occasion de cet exercice (2).

Les outrages se caractérisent donc, non par leur nature propre, mais par leur destinataire (3).

I. — HISTORIQUE

Parmi les lois modernes, c'est le Code pénal qui le premier a nommé et puni l'outrage auquel il

1. Worms, *les Attentats à l'honneur*,

2. Barbier, n° 522.

3. Nous verrons plus loin que cette proposition, exacte dans la théorie traditionnelle, ne l'est plus tout à fait dans le système actuel de la Cour de cassation.

consacre les articles 222 à 227 (1). La loi de 1819, sur la presse, prévoit seulement les injures et diffamations envers les personnes qualifiées.

La loi de 1822, loi de presse, elle aussi, emploie à son tour le mot outrage.

Puis notre loi de 1881, abrogeant toutes les lois spéciales antérieures, réglemente à nouveau la matière, mais sans prononcer le mot outrage, tout au moins dans le sens qui nous occupe.

Entre temps, la loi du 13 mai 1863 est venue reviser les textes du Code pénal sur quelques points de détail. En ce qui concerne l'outrage verbal, elle exige que la personne visée soit présente, ou tout au moins que l'outrage lui parvienne par la volonté de son auteur (2).

II. — ÉLÉMENTS.

A s'en tenir aux textes du Code pénal ainsi complétés, le délit d'outrage qu'ils prévoient se caractérise par les cinq éléments suivants :

1° Faits ou discours offensants. — Il faut tout d'abord qu'il y ait des faits ou discours offensants,

1. Depuis les lois romaines, tous les législateurs se sont toujours montrés plus sévères que pour les injures simples, envers les outrages, dont le maximum était représenté par le crime de lèse majesté. Sous le droit intermédiaire, la loi des 19-22 juillet 1791 punissait l'injure verbale envers le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions.

2. Pour être complet, notons qu'une loi du 28 déc. 1894 a aboli la réparation d'honneur établie par les art. 226 et 227 du Code pénal.

c'est-à-dire « de nature à diminuer le respect des citoyens pour l'autorité morale du fonctionnaire et pour le caractère dont il est revêtu et tendant dès lors à inculper son honneur ou sa délicatesse » (1).

2° Caractère public de la personne offensée.

— Le deuxième élément de l'outrage, c'est le caractère public de la personne insultée, c'est lui qui identifie le délit.

3° Relation avec les fonctions. — Celui-ci doit être commis soit durant l'exercice des fonctions, sans qu'il y ait lieu dans ce cas de distinguer s'il a ou non sa cause dans la fonction, soit en dehors de l'exercice de la fonction, mais à raison de cet exercice.

4° Intention. — En ce qui concerne l'intention, nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons dit plus haut en étudiant la diffamation et l'injure.

5° Présence de la personne outragée. — Depuis la loi de 1863, il est indispensable que l'outrage ait été perpétré en la présence de la personne outragée, ou tout au moins dans des circonstances telles qu'il doive inévitablement lui parvenir (2).

Sans distinguer entre l'outrage commis dans l'exercice ou à l'occasion des fonctions, la jurispru-

1. Fabreguettes, n° 332. V. la note et les auteurs cités en sens contraire.

2. Sous le régime du Code pénal et malgré l'avis d'une partie de la doctrine, la jurisprudence décidait invariablement le contraire. D. R. v° press. out., n° 697.

dence adopte, quant à cette condition, un système qui la ramène aux deux propositions suivantes :

Il faut :

1° Que l'outrage parvienne à la connaissance du fonctionnaire outragé ;

2° Que ce résultat ait été voulu, tout au moins virtuellement, par l'auteur de l'outrage.

III. — CONCILIATION DES LOIS DE LA PRESSE ET DU CODE PÉNAL.

L'outrage ainsi caractérisé, la matière ne présenterait aucune difficulté, si l'on n'avait à interpréter que les textes du Code pénal, mais elle se trouve singulièrement compliquée de ce fait que les lois sur la presse ont prévu des délits presque identiques. Il y a donc lieu de savoir à quels cas s'appliquent leurs dispositions, et quels cas, au contraire, restent sous l'empire du Code pénal.

Il ne s'agit pas là d'une pure question de théorie, sa solution présente de nombreux intérêts pratiques. Est-ce en effet la loi de 1881 qui régit la situation, il y a lieu d'exiger une plainte préalable à la poursuite ; la compétence appartient au jury ; la prescription est réduite à trois mois ; enfin la preuve de la vérité des faits diffamatoires est admise ; tous ces points seront réglés différemment si c'est le droit commun qui s'applique.

Cette question a donné lieu à deux systèmes que nous allons exposer.

PREMIER SYSTÈME. — Prééminence de la loi de presse. — Le premier, adopté par une partie de la doctrine (1) et par la jurisprudence antérieure à la loi de 1881, part de ce principe que les textes du Code pénal et ceux de la loi de 1881 sont absolument inconciliables ; ils prévoient exactement les mêmes infractions et l'un et l'autre organisent des systèmes de répressions différents.

En conséquence, si une infraction donnée réunit les éléments prévus par une seule des deux séries de textes, ces textes s'appliqueront sans difficulté ; mais si l'on a affaire à une situation tombant en même temps sous les sanctions du Code pénal et de la loi de 1881, cette dernière sera appliquée à l'exclusion du Code de 1810, abrogé *in parte qua* par des dispositions plus récentes et inconciliables avec lui.

C'est ce qui arrivera si l'on envisage un outrage, présentant les caractères légaux de l'injure ou de la diffamation, commis par paroles publiquement proferées envers les personnes protégées en même temps par les articles 31 de la loi de 1881 et 222 et suivants du Code pénal, à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions et en dehors de cet exercice (2).

1. Carpentier, v^o diff., n^o 984 ; Barbier, n^o 523 ; Garçon, *C. pén. annoté*, art. 250, n^o 286.

2. Quand l'outrage a lieu dans l'exercice même de la fonction, tout le monde est d'accord pour déclarer que la loi de presse ne s'applique pas. Cette solution s'appuie sur des raisons d'utilité pratique et sur les travaux préparatoires de la loi de 1819 (Décla-

La loi de 1881 réglera alors seule la situation.

DEUXIÈME SYSTÈME. — **Prééminance du Code pénal.** — Le deuxième système, qui est celui de la jurisprudence depuis un arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1884 (1) donne, au contraire, en cas de conflit, le dernier mot au Code pénal. Mais, quand il s'agit d'expliquer théoriquement cette solution, on se trouve en face de deux thèses opposées :

a) *Différence de nature des délits prévus par le Code pénal et la loi de presse.* — L'une, qui a inspiré les premiers Arrêts de la Cour de cassation depuis celui de 1883, a été développée par M. le Conseiller Saint-Luc Courborieu dans son rapport sur cet Arrêt et adoptée par M. Fabreguettes (2). Elle pose en principe que les deux séries de textes ne sont pas inconciliables, parce qu'elles n'ont pas prévu les mêmes hypothèses : est soumis à la loi de 1881, tout ce qui constitue une critique, une appréciation,

ration de M. Courvoisier à la Chambre des députés). On est cependant forcé de reconnaître qu'elle manque de logique, en effet, la loi de 1881, prévoit les injures et diffamations « à raison des fonctions ». Or il pourra très bien se faire que l'outrage dans l'exercice de la fonction, soit aussi « à raison de la fonction ». Pour être conséquente avec elle-même, la théorie en question devrait admettre que, dans cette hypothèse, la loi de 1881, plus récente, visant un cas identique, a abrogé le Code pénal ; après la loi de 1863, on avait soutenu que le texte révisé ne prévoyait plus l'outrage public même par paroles, les lois de 1819 et 1822 s'appliquant ainsi, même à l'outrage public dans l'exercice des fonctions : (Garçon, *C. pén. ann.*, art. 222, n° 250) ; Bourges, 17 oct. 1874 et note Naquet dans *S.* 75. 2. 209 ; *V. D.* 71. 1. 385. *Sic* ; Trib. Lille, 16 février 1883 cité *D.* 1883. 1. 226, 1^{re} col.

1. *D.* 83. 1. 225 ; *V.* notamment Cass., 5 mai 1900, *S.* 1903. 1. 60.

2. N° 329.

une censure, fût-elle injurieuse ou outrageante. Restent au contraire, sous l'empire du Code pénal, les simples grossièretés, les invectives, dont le but principal est d'insulter et qui se produisent avec un caractère de violence (1).

b) *Non-abrogation du Code pénal par la loi de presse.* — Barbier repousse ce système ; après avoir accepté dans son Code de la presse, la théorie ancienne, il la rejette dans le complément de ce Code paru en 1895, pour se rallier aux solutions de la jurisprudence, mais en les justifiant d'une manière nouvelle ; comme les anciens Arrêts, il semble admettre que les délits prévus par le Code pénal et par la loi de presse, ne diffèrent pas les uns des autres par leur essence ; un conflit peut donc se produire entre les deux législations ; mais le Code pénal doit l'emporter. La loi de 1881 qui, tout le monde est d'accord sur ce point, n'a pas expressément abrogé les articles 222 et suivants du Code pénal, ne les aurait pas non plus abrogés tacitement. En effet, le Code pénal spécialise et précise plus complètement le délit, en exigeant que l'outrage soit proféré en présence de la personne outragée ou porté volontairement à sa connaissance ; il joue donc

1. Ce système se heurte à plusieurs objections :

1° Il laisse un champ illimité à l'arbitraire du juge ;
2° Il tend à représenter la loi de 1881 comme une loi d'exception contrairement à l'intention très nette de ses auteurs.

3° Il conduit à des résultats inacceptables en ce qui concerne l'interprétation des termes de la loi : le mot « injure » par exemple aurait dans l'art. 33, un sens différent au § 1^{er} et au § 2.

en face de la loi de presse, le rôle d'une loi spéciale et comme tel, n'est pas abrogé par cette dernière qui est une loi générale (1).

Cette théorie qui, d'après l'auteur que nous citons, paraîtrait inspirer les derniers arrêts de la Cour de cassation, diffère en pratique de la précédente en ce qu'elle n'exige pas le caractère grossier ou violent du propos pour le punir comme outrage, mais demande seulement qu'il se produise en présence de la personne outragée, ou qu'il parvienne à sa connaissance par la volonté de son auteur. Elle va, en somme, encore plus loin que la thèse précédente, en faveur du Code pénal, puisque dès qu'il y a conflit, elle lui donne toujours le pas sur la loi de presse.

1. Barbier, supplément au *Code de la Presse*, p. 98. On pourrait objecter à ce système que les auteurs de la loi de 1881, semblent bien avoir voulu englober dans la généralité de leurs prévisions, tous les délits de langage quels qu'ils soient (Dutruc, 128-132), ce qui mettrait en échec les principes énoncés ci-dessus, qui ne sont d'ailleurs écrits nulle part. D'un autre côté, cette théorie fait des circonstances dans lesquelles l'outrage atteint la personne offensée, l'élément essentiel du délit, or il n'y a là qu'un élément secondaire, ajouté au délit déjà existant par la loi de 1863.

CHAPITRE IV

Réglementation spéciale des écarts de la parole en justice et plus généralement des troubles d'audience, depuis la Révolution jusqu'à 1881.

Nous en avons fini avec les trois délits d'outrage, de diffamation et d'injure, les seuls qui intéressent directement notre sujet, puisque l'article 41 de la loi de 1881 n'en mentionne pas d'autres.

Il nous faut maintenant, avant d'entamer l'étude détaillée de cet article, exposer ses précédents historiques depuis la Révolution.

1° CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Le premier des textes modernes s'occupant de la répression des écarts de parole devant les tribunaux est le Code de procédure civile. Ses articles 10, 11 et 12 accordent aux Juges de Paix le pouvoir de réprimer les manquements commis par les parties ; ses articles 89 et suivants règlent la matière en ce qui concerne les juridictions supérieures ; mentionnons encore l'article 1036, autorisant les tribunaux

à prononcer des injonctions et des suppressions ; cette dernière mesure, que les lois ultérieures devaient permettre d'appliquer, même aux discours, ne visait encore que les écrits.

2° CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

Le Code d'instruction criminelle contient des dispositions capitales au point de vue qui nous occupe.

En ce qui concerne la procédure, l'article 181 donne compétence aux tribunaux de droit commun, pour connaître des délits commis à leur audience (1). L'article 504 attribue au président, en cas de tumulte, des pouvoirs analogues à ceux consacrés par l'article 89 du Code de procédure civile. Si le tumulte s'accompagne d'injures ou de voies de fait donnant lieu à l'application ultérieure de peines correctionnelles ou de police, le tribunal devient immédiatement compétent pour les prononcer séance tenante (2). Remarquons qu'à la différence de l'article 181, les articles 504 et 505 ne distinguent pas entre les tribunaux de droit commun et les juridictions d'excep-

1. D'après l'opinion dominante le tribunal est libre de se saisir ou de renvoyer devant la juridiction normalement compétente. Quand il opte pour le premier parti, il est saisi *ipso facto*, sans qu'il soit besoin des requisitions du Ministère public et quand bien même le délit en question échapperait à sa compétence ordinaire *ratione personæ* ou même *ratione materiæ*. *Contra* : Rousseau, *Des délits de parole commis à l'audience, normalement passibles de la Cour d'assises*.

2. Art. 505. — Dans ce cas, comme dans l'article 181, la saisine est facultative.

tion ; ils s'expriment dans les termes les plus généraux : « à l'audience ou dans tout autre lieu où se fait publiquement une instruction judiciaire ». Il faut en conclure que, si l'ordre de l'audience est troublé, qu'il s'agisse d'un délit ou d'une contravention, le juge, quel qu'il soit, de droit commun ou d'exception, juge unique, tribunal ou Cour, devient immédiatement compétent pour prononcer la peine (1).

A côté de ces dispositions de procédure, notons-en une touchant le fond du droit, qui a une grande importance, car elle constitue l'application, d'une règle générale que nous aurons par la suite l'occasion de commenter longuement, c'est l'article 319, permettant à l'accusé et à son défenseur, de dire sur le témoin, ou sur son témoignage, tout ce qui peut être utile à la défense.

3^e CODE PÉNAL

Le Code pénal de 1810 contient plusieurs textes intéressants, ses articles 222 et suivants, qui punissent l'outrage, prévoient spécialement et répriment avec sévérité celui qui se produit à l'audience.

Son article 367, formule en un alinéa final un principe de droit naturel si évident qu'il paraît avoir

1. Mais la juridiction exceptionnelle, créée par l'article 583, ne saurait être appliquée, ni par les préfets, sous-préfets, maires, adjoints ou autres officiers de police judiciaire ou administrative visés par l'article 509, ni par les tribunaux administratifs. Barbier, n° 696.

échappé à l'abrogation dont ce texte a été l'objet (1). « La présente disposition, dit-il, après avoir défini la calomnie, n'est pas applicable aux faits que l'auteur de l'imputation était, par la nature de ses fonctions ou de ses devoirs, obligé de révéler ou de réprimer ». Voici posé le principe de l'immunité judiciaire en des termes assez compréhensifs, pour embrasser les magistrats, témoins, experts, etc..., auxquels on admet généralement que les lois de 1819 et 1881 sont inapplicables.

Ajoutons que, bien vite reparait la vieille préoccupation qui, depuis des siècles, a fait comminer tant de dispositions répressives contre les excès du barreau :

Art. 377... « A l'égard des imputations et des injures qui seraient contenues dans les écrits relatifs à la défense des parties, ou dans les plaidoyers, les juges saisis de la contestation pourront, en jugeant la cause, ou prononcer la suppression des injures ou écrits injurieux, ou faire des injonctions aux auteurs du délit, ou les suspendre de leurs fonctions et statuer sur les dommages-intérêts. La durée de cette suspension ne pourra excéder six mois ; en cas de récidive elle sera d'un an au moins et cinq ans au plus. Si les injures ou écrits injurieux portent le caractère de calomnie grave et que les juges saisis de la contestation ne puissent connaître du délit, ils ne pourront

1. V. en ce sens D. R. v^o press. out., n^o 1182 ; Chassan, t. I, p. 98 ; Parant, p. 88-89.

prononcer contre les prévenus qu'une suspension provisoire de leurs fonctions et les renverront devant les juges compétents. »

Cette disposition est assez obscure (1) ; mais il est évident, et le rapporteur M. Monseignat, le dit nettement au Corps législatif (2), qu'elle a été adoptée, non pas en vue de créer un privilège à la défense, mais au contraire d'augmenter les droits de coercition déjà reconnus aux tribunaux par l'article 1036 du Code de procédure civile (3). En somme et à part la disposition de l'alinéa final de l'article 367, qui peut, jusqu'à un certain point, s'étendre au barreau, mais difficilement aux parties, le système du Code pénal est plutôt dirigé contre la défense qu'en sa faveur ; il aggrave pour elle les peines ordinaires de l'injure et de la calomnie, en y ajoutant la suspension et la suppression.

A cause de son imprécision, cette législation a donné lieu, dans la jurisprudence, à de grandes divergences d'interprétation. Ainsi il été jugé, d'une part,

1. Que veut dire, en effet, l'expression « calomnie grave » ? Le Législateur laisse-t-il au juge le soin d'apprécier le degré de gravité de la calomnie ? Ou le mot grave étant explétif, le texte distingue-t-il simplement entre les injures et la calomnie.

2. Séance du 9 février 1910 ; D. R., v^o press. out. p. 402, n^o 18.

3. C'est ce qui ressort aussi clairement de l'article 37, du décret du 14 décembre 1810, relatif aux avocats : « Leur défendons d'avancer aucun fait grave contre l'honneur et la réputation des parties, à moins que la nécessité de la cause ne l'exige, et qu'ils n'en aient charge expresse et par écrit de leurs clients ou des avoués de leurs clients, le tout, à peine d'être poursuivis comme il est dit en l'article 377 C. pén. » Le mot *grave* employé par cet article rendrait vraisemblable la première explication du mot « calomnie grave » proposée à la note précédente.

que la juridiction accordée aux tribunaux saisis du fond est facultative et laisse place à la compétence de droit commun (1) ; d'autre part, la Cour de cassation a décidé, en sens diamétralement opposé et d'accord avec l'ancienne doctrine, que la répression des délits en question appartient exclusivement aux tribunaux devant lesquels ils se sont produits, et que ceux-ci ne peuvent être dessaisis, hors le cas où la gravité du délit appelle une peine excédant leur compétence.

4^e LOI DE 1819

La loi du 17 mai 1819 mit fin à ces incertitudes : son article 23 a, en effet, le mérite de la clarté, mais il en a un bien plus grand encore au point de vue qui nous occupe, c'est de former, pour la première fois, la charte de la libre défense des parties en justice.

Cet article est ainsi conçu : « Ne donneront lieu à aucune action en diffamation ou injure les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux

Pourront néanmoins, les juges saisis de la cause, et statuant sur le fond, prononcer la suppression des écrits injurieux ou diffamatoires et condamner qui il appartiendra en des dommages-intérêts.

1. Cass., 18 février 1819 ; D. R., V. press. out., n° 1172. Il a même été décidé par arrêt de la Cour de Bruxelles du 3 janvier 1827 « que les calomnies commises par l'une des parties envers l'autre, dans les plaidoiries ou mémoires, ne peuvent être jugées par le tribunal saisi de la contestation qui y a donné lieu » (D. R. *cod. loc.*)

Les juges pourront aussi, dans le même cas, faire des injonctions aux avocats et officiers ministériels et même les suspendre de leurs fonctions ; la durée de cette suspension ne pourra excéder six mois ; en cas de récidive, elle sera de un an au moins et de cinq ans au plus.

Pourront toutefois les faits diffamatoires étrangers à la cause, donner ouverture soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties, lorsqu'elle leur aura été réservée par les tribunaux et, dans tous les cas, à l'action civile des tiers ».

Notons, en passant, la distinction aujourd'hui classique des faits étrangers ou non à la cause. Bien que virtuellement admise, depuis longtemps, aucune loi avant celle de 1819, ne l'avait clairement formulée.

5° TEXTES DIVERS

Ce texte est resté en vigueur jusqu'à la loi de 1881 ; avant d'arriver à celle-ci, signalons, parmi les différentes dispositions touchant de près ou de loin notre sujet, l'ordonnance de 1822 et la loi de 1835.

L'ordonnance du 20 novembre 1822, sur la profession d'avocat, remplaçant le décret draconien du 14 décembre 1810, contient un article 43 ainsi conçu : « Toute attaque qu'un avocat se permettrait de diriger dans ses écrits ou ses plaidoiries, contre la religion, les principes de la monarchie, la charte, les lois du royaume ou les autorités établies, sera répri-

mée immédiatement, sur les réquisitions du Ministère public, par le tribunal saisi de l'affaire, lequel prononcera l'une des peines prévues par l'article 18, sans préjudice des poursuites extraordinaires, s'il y a lieu. »

Nous verrons plus tard que la loi de 1883 a apporté, pour les magistrats, une restriction du même ordre à la liberté d'exprimer sa pensée.

Quant à la loi de 1835 sur les Cours d'assises, son article 11 réprime, d'une manière analogue à celle des articles 504 et 505 C. I. C., le tumulte causé pour entraver le cours de la justice.

Nous voici parvenus à la loi du 29 juillet 1881, dont l'article 41 est, à peu de choses près, la reproduction de l'article 23 de la loi de 1819.

6° LOI DE 1881

Le dernier des cinq paragraphes que la loi de 1881 consacre aux délits commis par la voie de la presse et autres modes de publication, est intitulé : *Publications interdites et immunités de la défense*. C'est à cette seconde partie du titre que correspond l'article 41 ou, pour mieux dire, les trois derniers alinéas de cet article, qui sont ainsi conçus :

Art. 41, 3^e alinéa : « Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage... les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux. »

Alinéa 4 : « Pourront néanmoins, les juges saisis de la cause et statuant sur le fond, prononcer la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires et condamner qui il appartiendra à des dommages-intérêts. Les juges pourront aussi, dans le même cas, faire des injonctions aux avocats et officiers ministériels, et même les suspendre de leurs fonctions. La durée de cette suspension ne pourra excéder deux mois et six mois en cas de récidive dans l'année. »

Alinéa 5 : « Pourront toutefois les faits diffamatoires étrangers à la cause, donner ouverture soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties, lorsque ces actions leur auront été réservées par les tribunaux et, dans tous les cas, à l'action civile des tiers. »

Différence entre l'article 41 et l'article 23.

— En comparant le nouveau texte avec l'ancien, on remarque les modifications suivantes :

1^o Le législateur de 1881 n'a pas craint d'employer le mot d' « immunité » tandis que celui de 1819 avait classé l'article 23 sous la rubrique de « Dispositions générales ».

2^o Le paragraphe 4 donne aux juges le droit de prononcer la suppression des « Discours » injurieux, etc... ; la loi de 1819 disait : « des écrits » ; cette différence n'a aucune signification (1), elle ne paraît pas avoir été voulue par le législateur et ne saurait avoir pour effet de retirer au juge un pouvoir

1. Dutruc, 324.

que, d'ailleurs, à défaut de la loi de 1881, il puiserait dans l'article 1036 du Code de procédure civile.

3° Avec la loi de 1819, la suspension des avocats et officiers ministériels avait un maximum de six mois pour la première fois et était de un an à cinq ans, en cas de récidive (quelconque). La loi nouvelle se montre beaucoup moins sévère, elle en réduit la durée à deux mois au plus. Le maximum s'élève à six mois seulement en cas de récidive dans l'année.

4° En ce qui concerne les faits diffamatoires étrangers à la cause, la loi de 1819 exigeait que l'action civile des parties leur soit réservée par le tribunal, mais le texte manquait de clarté vis-à-vis de l'action publique, si bien que l'on avait pu en conclure l'inutilité de réserves à son égard (1).

La jurisprudence s'était pourtant prononcée en sens contraire (2); la loi de 1881 a consacré son interprétation en employant une formule suffisamment précise pour que la nécessité d'une réserve, même dans ce cas, ne puisse faire de doute.

Adjonction du mot outrage. — 5° Nous arrivons à la différence la plus importante entre les deux textes. Bien qu'elle n'ait certainement pas été voulue par le législateur elle consacre, dans l'opinion qui triomphe en jurisprudence, une très grave modification au système antérieur; c'est l'adjonction des mots « outrage et outrageants » aux mots « injure et

1. *D. Supp.*, v° press. tout., n° 1.454; de Grattier, t. I, p. 264.

2. *Cass. crim.*, 5 juin 1828 (*Pand. chronologiques*); *Cass.*, 3 mars 1837, S. 37. 1. 906.

diffamation », « injurieux et diffamatoires », seuls compris dans la loi de 1819.

Explication. — Que conclure de ce changement ? La solution de cette question a donné lieu à deux systèmes différents.

PREMIER SYSTÈME. — Le premier système qui, à peu de choses près (1), répute non écrits les termes « outrage » et « outrageants » fait prédominer l'intention du législateur de 1881 sur les termes de la loi ; cette intention s'est manifestée dans un incident de la discussion au Sénat (2). A la séance du 15 juillet 1881, le baron de Larcy fit sur le passage du projet, devenu depuis l'article 41, et qui s'exprimait en ces termes : « Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage... » les observations suivantes : « Je ne demande pas de modifications aux deux premiers paragraphes qui viennent de vous être lus. Je tiens absolument à constater que les mots « outrage, outrageants » qui s'y trouvent mentionnés, ne peuvent s'appliquer qu'aux discours et écrits atteignant les agents diplomatiques étrangers et les bonne mœurs, mais ne peuvent concerner les corps constitués, les fonctionnaires publics et même les

1. Nous disons « à peu de choses près » car si M. Fabreguettes se borne à indiquer (t. I, n° 15, n. 1) qu'« il est certain que c'est la législation de 1819 qui est confirmée ». Barbier, n° 788 et 776, pour « ne pas accuser le législateur d'avoir à la légère employé un mot inutile », cherche à donner un sens au mot outrage, en l'appliquant aux outrages aux agents diplomatiques étrangers et peut-être à l'offense envers le Président de la République.

2. Celliez et Le Senne, p. 530.

particuliers, à l'égard desquels la loi nouvelle n'admet que le délit de diffamation ou d'injure. C'est là ce qu'il importait de préciser ; je crois qu'il n'y a aucune objection possible à ce que je viens de dire. » Le rapporteur répondit : « L'observation de M. de Larcy est parfaitement juste », et il proposa de supprimer les mots « outrage, outrageants ». On allait déférer à cette proposition quand M. Dupouy s'écria : « Il n'y a rien à supprimer ». Sur ce M. Ninard prend la parole et termine ainsi : « Nous n'avons fait d'ailleurs que reproduire les dispositions de la législation existante en cette matière et nous restons, si vous me permettez cette expression, dans les conditions du droit commun ». Cette déclaration, reproduite quelques instants après par un autre membre de la haute assemblée, contient une erreur manifeste, mais il est évident qu'elle exprime la manière de voir du législateur de 1881.

DEUXIÈME SYSTÈME. — Le deuxième système, adopté par une partie de la doctrine (1) et par la jurisprudence (2), fait bénéficier les délits d'outrage de l'immunité jusqu'alors exclusivement réservée à ceux d'injure et de diffamation.

« Il n'y a pas lieu de s'arrêter, dit M. Le Poittevin (3), à l'opinion de M. le baron de Larcy, bien

1. Le Poittevin. t. I, n° 424. D. Supp. v^o press. out., n° 732; Dutruc, n^{os} 306 et 312; Barbier, Mallet et Rondelet, n^{os} 776-788.

2. Cass., 24 déc. 1908 (*Bull. crim.*, 535); Cass., 6 juin 1902, S. 1905.1.56; Caen, 17 mars 1888, D. 89.2.92.

3. Page 458, t. I.

qu'elle ait obtenu l'approbation du rapporteur, quand il dit que le mot outrage ne peut concerner les corps constitués et les fonctionnaires publics ; en effet, un terme juridique, employé dans un texte, doit être pris dans le sens que la loi et la science du droit lui attribuent ; or, le mot outrage constitue une expression juridique qui embrasse les attaques dirigées non seulement contre les agents diplomatiques étrangers, mais encore contre les Cours et tribunaux, les magistrats, les fonctionnaires publics, etc. ».

Critique. — On peut faire à chacun de ces systèmes une critique inverse : L'un s'attache à l'esprit de la loi sans en respecter le texte, car il est évident que malgré le sacrifice fait à l'interprétation littérale, par M. Barbier, sa doctrine est en contradiction absolue avec les termes mêmes de l'article 41. L'autre suit la lettre de la loi sans s'inquiéter de l'intention du législateur.

Arguments de texte. — Peut-être cependant, même en ne se plaçant qu'au point de vue de la méthode d'interprétation, le dernier système est-il dans le vrai. Il y a lieu, en effet, de rechercher l'intention du législateur dans deux cas : « 1° Quand le texte envisagé par suite d'un vice de rédaction, présente un sens littéral qui n'a certainement pas été voulu par le législateur (1) ; on peut alors soutenir que ce texte

1. Ex. l'art. 878 du C. pr. civ. où tout le monde est d'accord pour lire « sans citation préalable au bureau de conciliation » au lieu de « sans citation préalable au bureau de conciliation » que porte le texte ; ou encore la loi du 30 nov. 1906, modifiant l'art. 56

n'a pas force de loi, dans sa teneur, et l'on se trouve obligé de rechercher l'intention de son auteur ; 2^o la même obligation existe quand le texte, bien qu'étant réellement l'œuvre de la volonté législative, donne lieu, par son obscurité, à des interprétations diverses ; il est tout naturel alors, pour savoir à laquelle se rallier, de se guider sur l'esprit de ceux qui l'ont créé.

Ici, rien de semblable, les mots « outrage » et « outrageants » ont été volontairement placés dans la loi, et celle-ci est d'une clarté qui ne nécessite pas d'interprétation. La volonté législative, créatrice de dispositions obligatoires, s'est manifestée en une formule dont ses auteurs n'ont peut-être pas assez pesé la portée et les conséquences juridiques ; mais il n'en est pas moins vrai que cette formule a été voulue en elle-même ; par la promulgation, elle s'est détachée de la pensée du législateur, à laquelle, vu la parfaite clarté du texte, il n'y a pas lieu de se reporter pour déterminer sa signification ; elle se suffit à elle-même et doit être appliquée suivant ses propres termes.

Argument de fond. — A l'argument de texte que nous avons reproduit plus haut, M. Le Poittevin en ajoute un autre, tiré des principes mêmes de la matière, et qui paraît convaincant :

« Il est logique, dit-il en parlant de l'outrage, que

du C. civ. en des termes si ambigus qu'ils paraissent dire le contraire de ce que leur auteur a voulu édicter. V. au sujet de cette dernière loi : Colin et Capitant, *Cours de dr. civil français*, t. I, p. 389, note 1.

ce mot ait été ajouté aux mots diffamation et injure ; il en forme le complément nécessaire, car l'outrage n'est, en réalité, qu'une forme spéciale de la diffamation ou de l'injure. »

C'est ici le lieu d'appliquer l'adage *ubi eadem ratio ibi idem jus*. Nous verrons d'ailleurs plus loin que cette assimilation est sans inconvénient pratique ; toutes les fois que l'outrage revêtira un caractère de violence et de gravité, s'accommodant mal avec l'immunité concédée par l'article 41, on se trouvera précisément dans un des cas où la jurisprudence écarte l'application des dispositions de faveur de notre texte pour rentrer dans le droit commun des art. 181 et 505 du Code d'instruction criminelle.

Tenons donc pour admis, que depuis la loi de 1881, le délit d'outrage est assimilé à ceux d'injure et de diffamation, au point de vue de l'immunité judiciaire (1).

1. Il conviendrait, pour suivre l'ordre historique, de parler ici de la loi de 1889, sur les conseils de Préfecture, qui a grandement modifié, en ce qui les concerne, les règles de l'art. 46 de la loi de 1881. Mais ces modifications seront mieux appréciées quand nous aurons développé quelques principes relatifs à la compétence des juges du fond pour appliquer les sanctions prévues par cet article.

TITRE II

Nature des dispositions de l'article 41

Nous avons jusqu'ici présenté un rapide aperçu de l'évolution historique des délits d'injure, d'outrage et de diffamation, ce qui était nécessaire pour apprécier le système de la loi de 1881 sur ce qu'elle appelle l'immunité judiciaire ; avant d'entamer l'étude approfondie de cette immunité, et après en avoir rappelé les origines, il convient de se poser quelques questions sur la nature des dispositions de l'article 41.

CHAPITRE PREMIER

L'article 41 constitue-t-il une dérogation au droit commun, en faveur de la défense ?

Au point de vue législatif, on peut concevoir un système consistant à laisser purement et simplement les écarts de la défense soumis au régime répressif ordinaire, les tribunaux apprécieraient dans chaque espèce, si les circonstances de la cause doivent mériter à l'infraction qui leur est soumise, plus ou moins d'indulgence.

Si on l'écarte pour adopter celui de la réglementation législative, on se trouve en présence de trois solutions possibles que nous appellerons : système négatif du privilège, système du privilège de forme, système du privilège de fond.

1° **Système négatif du privilège.** — C'est celui du Code pénal, généralisation des règles que les anciennes ordonnances appliquaient aux avocats. Il consiste à aggraver vis-à-vis de la défense le régime répressif ordinaire des écarts de la parole.

L'article 377 du Code pénal, donne aux juges du fond le droit de réprimer par des peines disciplinaires et par l'allocation de dommages-intérêts à la partie lésée, les injures et calomnies contenues dans les écrits relatifs à la défense des parties et dans les

plaidoyers ; mais il ne résulte ni de son texte, ni de son esprit, qu'à côté de ces sanctions spéciales il en contienne la contre-partie sous forme d'une disposition quelconque de rémittence à l'égard de la défense.

La loi de 1881, après celle de 1819, a certainement abandonné ce système ; elle parle, en effet, expressément dans la rubrique du paragraphe 5 de « l'immunité de la défense » et son texte est parfaitement d'accord avec ce titre. La phrase « ne donneront lieu à aucune action... » ne peut laisser de doute sur l'existence d'une dérogation au droit commun en faveur de la défense. Mais en quoi cette dérogation consiste-t-elle ? Cette question peut recevoir une double réponse.

2° **Système du privilège de juridiction.** — En l'absence de texte réglant la matière, la jurisprudence ancienne, nous l'avons vu, réservait la répression des écarts de la défense aux juges devant lesquels ils se produisaient, ceux-ci restant d'ailleurs libres d'appliquer les sanctions ordinaires. Ces principes continuèrent à dominer les décisions des tribunaux (1) jusqu'à la législation nouvelle. Ils paraissent ne pas avoir été étrangers au législateur de 1819. « Si les écrits dont il est fait mention dans l'article 23, disait à la séance du 8 mai 1819 le duc de Broglie, dans son rapport à la Chambre des Pairs, sont désignés comme ne donnant lieu à aucune action, c'est parce que les tribunaux sont déjà saisis. » Telle paraît être

1. V. les arrêts cités ; D. R., v^o avocat, n^o 362 et 362 et v^o press. out. n^o 1171 (1) (2).

encore l'opinion de certains auteurs modernes (1).

Le privilège accordé à la défense serait ainsi un simple privilège de juridiction ; ce qui, d'ailleurs, ne pourrait se concevoir qu'en interprétant dans le texte le mot « action » dans le sens de « poursuite ultérieure ». C'est simplement contre de telles poursuites que les parties ou leurs défenseurs seraient à couvert.

La loi de 1881 s'en est-elle tenue là ? a-t-elle voulu simplement attribuer aux juges saisis, la connaissance de l'incident, sans accorder, au point de vue répressif une situation privilégiée à la défense ? a-t-elle voulu, au contraire, soustraire l'avocat et son client au droit commun des infractions de la parole ?

3^e Système de l'immunité de fond. — Nous croyons que l'on doit résolument écarter la première alternative qui paraît en contradiction avec les termes de la loi.

« Ne donneront lieu à aucune action », dit celle-ci. Voilà le principe. Et ce qui prouve bien qu'ici le mot « action » a un sens absolument général, c'est qu'en annonçant des exceptions à cette règle par le mot « néanmoins », le texte continue : « Pourront néanmoins les juges saisis de la cause et statuant sur le fond... prononcer la suppression.... condamner qui il

1. V. M. Fabreguèthes. t. I, p. 15, *in fine* ; Barbier, 790 ; Chas-
sagnon, t. III, p. 64.

Il est vrai que ces auteurs paraissent considérer que, dans ces cas, la suppression vise plutôt l'atteinte portée au respect de la justice, mais il n'en reste pas moins que cette manière de voir réduit la disposition de l'article 41 à une simple attribution de compétence.

appartiendra à des dommages-intérêts.... faire des injonctions aux avocats et officiers ministériels et même les suspendre. » Voilà toute une série de mesures, qui ne sont pas de simples poursuites ultérieures et que la phrase du début suffisait cependant à prohiber, puisqu'il faut pour les autoriser une exception expresse à la règle générale. Ceci démontre bien que, dans le texte, le mot « action » s'applique à toute procédure, soit immédiate devant le tribunal saisi, soit ultérieure devant les juges ordinaires. Toute sanction quelconque est donc supprimée si ce n'est les trois ordres de mesures permises à titre exceptionnel.

Le paragraphe 5, consacré aux diffamations étrangères à la cause, ne fait que confirmer cette manière de voir.

On doit donc poser que l'article 41 a limitativement énuméré les modes de répression que peut encourir la défense si elle se livre à des injures, outrages ou diffamations. Il les a envisagés comme des restrictions à un principe général et ce principe, affirmé dans le paragraphe 3, c'est celui de l'immunité absolue de la défense.

Nous nous rallions donc au système qui fait de l'immunité judiciaire un véritable privilège de fond. On peut le formuler en disant : par le fait qu'elles ont été prononcées en justice à l'occasion de la défense des parties, certaines injures, diffamations ou outrages, échappent aux sanctions du droit commun.

CHAPITRE II

En quoi consiste la dérogation au droit commun

Entrons plus avant dans l'étude de ce privilège et recherchons sur quels points la loi déroge ici aux principes ordinaires.

Il faut, tout d'abord, distinguer entre l'injure et l'outrage (1), d'une part, et de l'autre, la diffamation.

SECTION PREMIÈRE

Diffamation

1^o **Présomption de non extranéité.** — En matière de diffamation, on rencontre une première présomption qui fait tenir pour relatives à la cause, toutes les imputations produites au cours du débat ; c'est là une présomption, *juris tantum*, qui peut être renversée par la preuve contraire. Il ne peut pas y

1. Logiquement il faudrait ranger les outrages suivant leur nature propre, tantôt à côté de l'injure, tantôt à côté de la diffamation, mais, par suite de l'inadvertance législative qui a fait ajouter l'outrage aux deux délits antérieurement visés, sans que le législateur ait prévu les suites de son innovation, il ne peut être compris dans les dispositions du paragraphe 5 et doit par suite être entièrement assimilé à l'injure. Carpentier, rep. v^o diffam., n^o 548.

avoir de doute sur l'exactitude de la proposition qui précède, puisque la loi subordonne la recevabilité des actions de droit commun à une déclaration expresse d'extranéité ; c'est donc qu'en l'absence de cette déclaration, elle présume la situation inverse (1).

Une fois décidée, la question d'extranéité, de deux choses l'une : ou la diffamation est étrangère à la cause, et alors le droit commun reprend son empire, tout au moins quant aux règles de fond ; ou bien le propos diffamatoire se rattache à la cause, et on se trouve en présence de la dérogation la plus considérable de la matière aux principes ordinaires, l'immunité pénale accordée au plaideur qui l'a proféré.

2° **Immunité pénale.** — Ce n'est pas tout de constater cette immunité, il faut en trouver l'explication juridique ; à ce point de vue deux systèmes sont en présence.

a) *Système de l'excuse légale.* — Le premier voit dans la disposition de l'article 41 la création d'une excuse légale ; le fait envisagé ne cesse pas d'être un délit, mais le législateur, ne voulant pas qu'il puisse jamais constituer un délit ordinaire, susceptible de poursuite et punissable d'une peine proprement dite, crée à son intention des modes de répression spéciaux (2).

1. Sic Dramard, *la Diffamation envers les témoins* (La France judiciaire, 1889, 1^{re} partie, p. 55).

2. Dans ce sens, Dramard, *op. cit.*, p. 65 ; *Pandectes Belges* ; v° délit d'audience, n° 140 ; de Grattier, t. I, p. 265 ; Paris, 16 février 1888 (*Gaz. Trib.*, 2 mai 1888) ; Douai, 13 fév. 1888 (*Gaz. Pal.*, 88.1.765).

b) *Système de la présomption de bonne foi.* — Il semble plus satisfaisant de dire que la loi édicte ici une présomption absolue de bonne foi ; non seulement elle excuse le fait envisagé, mais elle lui ôte son caractère délictueux (1).

Nous avons vu, en effet, que la jurisprudence admet toujours la possibilité de prouver l'absence de *l'animus injuriandi* généralement présumée en matière de diffamation, et que, si le propos incriminé constitue l'exercice d'un droit, elle va plus loin et reconnaît l'existence d'une présomption contraire, tombant seulement devant la preuve faite de la mauvaise foi.

Notons que telle serait la situation, en notre matière, si la loi n'avait rien dit. Mais elle a estimé que l'application du droit commun ne serait pas assez protectrice des droits de la défense, et elle a prohibé cette preuve de la mauvaise foi. Ceci ne constitue d'ailleurs qu'une application du principe écrit dans l'article 1352 du Code civil, d'après lequel les présomptions légales ne souffrent point la preuve contraire quand la loi, sur leur fondement, dénie l'action en justice. Du moment que le législateur inscrivait cette présomption de bonne foi dans son article 41,

1. En ce sens, *Pandectes Belges*, V. calomnies, n° 58 ; D. R., v° presse out., n° 1181 ; Dijon, 29 déc. 1909, D. 1910.2 295 ; Cass., 2 juillet 1866, D. 66.1.430 ; Grellet-Dumazeau, n° 887 ; Cass., 6 fév. 1889 ; D. R., v° pr. out., n° 1221. 5 ; Eyssautier, *Liberté de la défense*, dans *la Revue Pratique*, t. VIII, p. 8. D'après le Code pénal hongrois, chapitre LVII, la diffamation ou l'injure produites au cours d'un débat judiciaire et s'y rattachant, ne constituent pas un délit.

elle devenait forcément une présomption *juris et de jure* (1).

Nous devons donc voir, dans la règle du paragraphe 3, une seconde exception aux principes ordinaires en matière de diffamation.

A côté de ces deux présomptions de fond, présomption simple de non extranéité et présomption absolue de bonne foi pour les propos diffamatoires relatifs à la cause, l'article 41 consacre deux autres privilèges, de procédure, ceux-ci :

3° **Compétence en matière de déclaration d'extranéité.** — C'est d'abord, tout au moins lorsqu'il s'agit des parties en cause, une attribution exclusive de compétence au tribunal saisi pour déclarer l'extranéité des propos incriminés et, partant, accorder des réserves afin de poursuites ultérieures.

4° **Compétence pour les répressions spéciales du paragraphe 4.** — C'est ensuite une autre et plus exclusive encore attribution de compétence au même tribunal pour statuer, en cas de propos diffamatoires relatifs à la cause, sur les répressions autorisées par le paragraphe 4 de l'article 41.

SECTION II

Injures

1° **Privilège de fond.** — En matière d'injure, nous ne retrouvons plus la première présomption

1. Grellet-Dumazeau, n° 929 : « La raison de la loi est simple, le plaideur qui articule une imputation diffamatoire dans l'intérêt de sa cause ne doit pas être réputé avoir agi *animo injuriandi*, mais *sui defendi consilio*.

signalée tout à l'heure, la loi en effet est beaucoup plus radicale et ne fait plus de distinction entre les propos étrangers ou non à la cause, tous bénéficient de son absolution.

Il paraît plus difficile d'expliquer juridiquement cette disposition au moyen de l'absence d'intention, car, en cette matière (1), plus encore que pour la diffamation, l'intention se confond tellement avec la volonté de commettre l'acte, qu'il est presque impossible de concevoir l'une sans l'autre.

On se trouve donc en présence d'une sorte d'excuse absolutoire, analogue à l'excuse de provocation qui fonctionne ordinairement en matière d'injure. La chaleur de la discussion joue ici le rôle attribué par l'article 33 à la provocation (2).

2° Privilège de compétence. — Quant à la procédure, on y rencontre la seconde dérogation au droit commun signalée en matière de diffamation ; le tribunal saisi du fond est seul compétent pour prononcer les suppressions, dommages-intérêts et peines disciplinaires, autorisés par l'article 41 paragraphe 4.

1. Tout au moins lorsqu'il s'agit de ce que nous avons appelé « injures en la forme ».

2. De Grattier, t. I, p. 165, semble étendre cette conception même au cas de diffamation : « Le législateur, dit-il, a pensé avec raison qu'il était possible qu'elles aient été provoquées ; que conséquemment elles pouvaient être excusables ; c'est pour cela qu'il a laissé aux juges la faculté de leur ôter le caractère d'un délit. La Cour de cassation dans l'arrêt Raspail du 27 février 1832 D. rep. v^o press. out., n^o 1434-I, a paru donner un sens très extensif à cette explication, en l'appliquant même à l'outrage, alors non prévu par l'art. 23. V. *infra*, p. 129 et 130. »

CHAPITRE III

Questions relatives à la compétence

1^o Possibilité d'une action ultérieure basée sur l'article 1382. — A propos de ce privilège de procédure, commun aux injures et outrages et aux diffamations, une question se pose qu'il y a lieu d'étudier ici, bien que, par la généralité de sa portée, elle dépasse le sujet de cette étude (1) :

La personne qui est victime de propos outrageants, injurieux ou diffamatoires articulés dans le cours de la défense, peut-elle échapper aux règles restrictives de la loi de 1881, en renonçant à considérer ces propos comme un délit, pour ne retenir en eux que la faute civile et se prévaloir seulement des dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil ?

L'opinion d'après laquelle les tiers pourraient par voie d'action principale, basée sur l'article 1382, poursuivre devant les tribunaux civils la réparation des injures à la cause dont ils auraient eu à souffrir

1. La plupart des délits pénaux constituant en même temps des délits civils, on pourrait soutenir qu'il est loisible à la partie lésée d'échapper aux règles du Code d'inst. crim., notamment en matière de prescription, en considérant le fait donné seulement au point de vue civil et en écartant volontairement son caractère délictuel.

a été soutenue par plusieurs auteurs (1) ; elle est aujourd'hui rejetée par la majorité de la doctrine (2) et de la jurisprudence (3).

Elle est en effet en contradiction formelle avec le texte et l'esprit de l'article 41, dont elle réduirait, si on l'acceptait, une partie des dispositions à néant. On pourrait l'admettre, en effet, si cet article ne contenait que la prohibition de poursuites pénales, de l'alinéa 3. Mais, en présence des alinéas 4 et 5, il est certain que le législateur a entendu y énumérer limitativement tous les moyens de se faire rendre justice accordés aux personnes victimes de propos ayant d'une manière générale le caractère outrageant, injurieux ou diffamatoire.

2° Nature de l'attribution de compétence de l'alinéa 4. — Nous avons vu que l'article 41 de la loi de 1881, déroge au droit commun en attribuant aux « juges saisis de la cause » compétence exclusive pour prononcer les sanctions édictées par son alinéa 4.

Un point fort important est la nature de cette attribution de compétence.

1. Grellet-Dumazeau, t. II, n° 629 ; de Grattier, t. I, p. 240.

2. Barbier, 800 ; Fabreguettes, 13 ; Carpentier, v° diff. n° 1547 ; Chassan, t. I., p. 95., v° press. out., n° 1249 ; Dramard, *loc. cit.*, p. 65.

3. Cass., 2 juillet 1826, D. 66. 1. 430, Paris, 10 février 1853 (*Journal Dr. cr.*, 53, p. 158) ; Cassation, 31 janvier 1873, D. 73. 1. 89 ; Cassation, 8 décembre 1876, D. 77. 1. 105 ; Cass., 9 janvier 1882, D. 83. 1. 136 ; Cass., 27 décembre 1887 et le rapp. du Cons. Cotellet, D. 87. 1. 311 ; Trib. Seine, 14 février 1911 (*La loi*, 22 mai 1911). En sens contraire, Dijon, 29 déc. 1909, D. 1910. 2. 295.

a) *Compétence « ratione materiæ »*. — Pour Grellet-Dumazeau (p. 918) « tous les tribunaux, institués par la loi et ayant reçu d'elle une juridiction quelconque, ont le pouvoir de prononcer la suppression des écrits produits devant eux, de faire des injonctions et de condamner les parties à des dommages-intérêts. L'article 23 (aujourd'hui article 41) donne attribution à tous les tribunaux pour prononcer la suspension ; cela s'induit de ce qu'il a déterminé la durée de la suspension, au lieu de se référer aux règles générales sur la matière ».

La compétence reconnue aux juges saisis par l'article 41 serait donc, dans cette théorie, une véritable compétence *ratione materiæ* les rendant aptes à prononcer les sanctions spéciales en question, quand bien même ils ne tireraient pas de leur nature propre le droit de le faire.

b) *Compétence ratione personæ*. — Ce système est peu satisfaisant ; le législateur de 1819 ne paraît pas avoir voulu modifier l'ordre des juridictions et il semble n'avoir eu en vue que le cas le plus général, celui où il s'agit d'une Cour ou d'un tribunal investi de la plénitude de juridiction (1). Pas plus dans les travaux préparatoires de la loi de 1819, que de celle de 1881, on n'aperçoit qu'il ait prévu et tranché la question qui nous occupe. Quant à l'argument tiré de ce que la loi détermine elle-même un maximum spécial pour la suspension qu'elle édicte, il signifie

1. En ce sens, rapport de M. le sénateur Clément sur la loi du 22 juillet 1889, V. *infra*, p. 228.

tout simplement que, sur ce point particulier de la durée, le législateur n'a pas entendu adopter les chiffres du droit commun, mais nullement qu'il ait voulu y déroger sous d'autres rapports.

En l'absence d'autre critérium, et si l'on se rappelle le but de la disposition de l'article 41, on est tout porté à y voir une simple attribution de compétence *ratione personæ*. La loi accorde à une juridiction qui, en vertu des principes généraux, a le pouvoir de prendre certaines sanctions envers certains justiciables, la faculté d'appliquer ces sanctions à des justiciables ressortissant normalement à d'autres tribunaux.

Ceci est admis par la doctrine pour la suspension à infliger aux avoués et avocats (1) ; peuvent seuls la prononcer, les juges possédant, de droit commun, le pouvoir disciplinaire. La jurisprudence décide constamment le contraire. Quant aux autres mesures prévues par le paragraphe 4 de l'article 41, il y a des divergences.

Il a été jugé que le droit de suppression appartient même à une chambre des notaires (2) ; qu'il doit être refusé, au contraire, à la Chambre des mises en

1. De Grattier, t. I, p. 256 ; Rousset, n° 2422 ; Barbier, t. II, n° 709 ; Fabreguettes, 5 *in fine* ; Le Poittevin, t. I, p. 487. La jurisprudence est en sens contraire. Cass. req., 23 avril 1850, D. 50.1.315, pour les juges de paix ; Conseil de guerre d'Oran, 26 septembre 1859, D. 60.3.24, pour les juridictions militaires ; Tal. Comm. de Lyon, 25 juin 1841, D. R., v° avocat, n° 500, pour les tribunaux de commerce.

2. Cass., 18 juin 1862, D. 62.1.363.

accusation et au juge d'instruction (1). En ce qui concerne la compétence pour allouer des dommages-intérêts, on est généralement d'accord pour la reconnaître à toutes les juridictions qui peuvent prononcer la suppression (2).

Toutes ces solutions d'espèces manquent de cohérence. On pourrait peut-être trouver un critérium dans la distinction suivante : s'agirait-il des peines disciplinaires proprement dites et des dommages-intérêts, c'est-à-dire de mesures prévues d'une manière générale, en dehors de la situation qui nous occupe, on ne devrait reconnaître compétence pour les prononcer qu'aux juges auxquels les principes ordinaires de l'organisation judiciaire en donnent le pouvoir (3). En ce qui concerne, au contraire, les mesures propres à la matière, injonction simple (4), suppression, réserves afin d'action ultérieure ; il paraît très acceptable d'accorder compétence pour les prononcer, à tout organisme judiciaire investi d'une juridiction quelconque.

La loi du 22 juillet 1889 sur les conseils de Préfecture, dont nous avons réservé, jusqu'à présent,

1. Cass., 25 août 1837 (*Bull. crim.*, n° 252); Bastia, 27 déc. 1834, S. 35.2.186.

2. Carpentier, v° diffam, n° 1501, en excepte seulement les juridictions disciplinaires et les conseils de Préfecture; *Contra* p. les trib. de commerce, Paris, 4 mars 1882, S. 85.2.54.

3. Ce qui écarterait, en dehors des juges d'instruction et des Chambres des mises en accusation, les juridictions disciplinaires, les juges des référés, juges aux ordres, juges commissaires, etc. . .

4. Par opposition à l'injonction d'être plus exact ou plus circonstancié, prévue par l'article 102 du déc. du 20 mars 1808. V. Carpentier, v° diff., n° 1537.

l'examen, a fait, en partie, application de ces principes.

Son article 50, après avoir déclaré applicables aux conseils de Préfecture les dispositions de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, ajoute : « Néanmoins...

§ 2. — Si des dommages-intérêts sont réclamés à raison des discours et des écrits d'une partie ou de son défenseur, le conseil de Préfecture réservera l'action pour être statué ultérieurement par le tribunal compétent, conformément au dernier paragraphe de l'article 41 précité (1).

§ 3. — Il en sera de même si, outre les injonctions que le conseil peut adresser aux avocats et officiers ministériels en cause, il estime qu'il peut y avoir lieu à une autre peine disciplinaire » (2).

Si ce texte confirme, pour l'action disciplinaire, la théorie que nous venons d'exposer, il va même plus loin, en refusant au conseil de Préfecture la compétence sur l'action en dommages-intérêts, que cette

1. Ce texte pourrait prêter à une équivoque, à cause du renvoi qu'il contient à l'alinéa final de l'article 41, dans lequel il n'est question que de diffamations étrangères à la cause. Nous croyons que l'action dont il est ici question est celle prévue par le parag. 4 de l'art. 41, naissant des injures ou outrages quelconques et des diffamations se rapportant à la cause. En ce qui concerne celles qui y sont étrangères, c'est par application des règles de l'art. 41 et non par une exception à ces règles, comme l'annoncerait le mot « néanmoins », que le conseil doit réserver l'action. En un mot le renvoi du parag. 2 de l'art. 50 vise les règles de procédure de l'al. 5 de l'art. 41 de la loi de 1881 et non les règles de fond de ce même alinéa.

2. Ces dispositions restrictives s'appliquent également au Conseil d'Etat qui, comme juge d'appel, ne peut connaître d'une question échappant à la compétence des juges du premier degré, Cons. d'Etat, 27 juillet 1889, D. 91.1.26.

théorie conduirait à lui reconnaître, s'agissant d'une juridiction investie du droit de prononcer des condamnations pécuniaires à titre de dommages-intérêts. Il semble consacrer la doctrine de l'Arrêt de Paris, cité à la page 78, note 2, d'après lequel le droit de statuer sur l'action en dommages-intérêts est refusé à tous les tribunaux d'exception.

TITRE III

Conditions d'application des règles édictees en faveur de la défense

Avant d'étudier en détail comment fonctionne l'immunité de la défense, dont nous avons tracé les grandes lignes et indiqué les origines, il nous reste à préciser dans quels cas elle existe ; ce sera l'objet de ce titre que nous diviserons en trois parties, recherchant successivement à qui s'appliquent les dispositions de l'article 51, devant quels tribunaux et pour quelles paroles ?

CHAPITRE PREMIER

A qui s'applique l'immunité ?

L'immunité créée par l'article 23 de la loi de 1819 en faveur des discours prononcés devant les tribunaux, l'a été dans des termes assez généraux pour que l'on puisse prétendre qu'elle vise les discours émanant de qui que ce soit. Quelques auteurs l'ont soutenu(1) et d'assez nombreux arrêts l'ont décidé(2), mais l'opinion contraire triomphe en doctrine et la jurisprudence paraît généralement vouloir s'y rallier (3).

Cette interprétation d'ailleurs ne peut guère se contester en présence des travaux préparatoires et du texte des lois de 1819 et de 1881. Le duc de Broglie, dans son rapport à la Chambre des Pairs, avait dit,

1. V. D. R. v^o press. out. n^o 1182 et v^o prise à partie, n^o 18.

2. Cass., 8 déc. 1876, D. 77. 1. 505; Angers, 5 février 1877, D. 77 5. 349; Cass., 13 déc. 1883 (*Bull. crim.*, n^o 281); Grenoble, 29 janv. 1909, D. 1910.2.121.

3. Le Poittevin, p. 430 et suiv.; Barbier, n^o 779; Fabreguettes, n^o 6; Dutruc, n^o 319; Rousset, n^o 2311; de Grattier, t. I., p. 232; Cass., 11 janvier 1851, D. 51.5.408; Cass. req., 5 août 1884, D. 84. 1.457; Paris, 11 février 1907 (*Le Droit*, 11 avril 1907); Grasse, 12 mai 1912 (*Gaz. Trib.*, 1912.2.45).

le 8 mai 1819 (1) : « l'article 23 interdit toute action à l'égard des faits imputés par-devant les tribunaux, dans les pièces et plaidoyers nécessaires à la défense des parties ». Voilà qui précise bien l'intention du législateur ; et cette intention s'est à nouveau affirmée en 1881, non seulement dans la préparation de la loi, mais aussi dans la rubrique du paragraphe 5 : *Publications interdites ; immunités de la défense*.

On doit donc poser en principe que l'article 41 a pour « but unique d'assurer et de protéger la légitime défense des parties devant les tribunaux, soit par elles-mêmes, soit par ceux qu'elles chargent de leurs intérêts » (2). L'immunité profite, en effet, non seulement aux parties elles-mêmes, mais à leurs représentants, à leurs défenseurs réguliers, quels qu'ils soient (3). Nous employons à dessein le mot « régulier » pour exclure ceux qui agissent bien dans l'intérêt d'une partie, mais en dehors de tout mandat judiciaire proprement dit (4).

Quant aux autres personnes qui « parlent » en justice, magistrats, témoins, experts, elles restent en dehors des prévisions de l'article 41, et nous examinerons ultérieurement leur situation.

1. *Moniteur*, 12 mai 1819, p. 598, 2^e colonne *in fine*.

2. Barbier, n^o 783. La loi du 22 juillet 1889, article 50, est venue confirmer cette manière de voir en indiquant très nettement dans son al. 2 que l'article 41 s'applique « aux parties et à leurs défenseurs ».

3. Cass., 31 janv. 1873, D. 73. I. 89 ; Domfront, 29 mars 1879, S. 80. 2. 266 ; Paris, 30 juin 1883 (*Lois nouvelles*, 84. 3. 134).

4. Cass., 9 juin 1859, D. 61. I. 450 ; Cass., 10 août 1883, D. 84. I. 309.

CHAPITRE II

Devant quelles Juridictions s'applique l'immunité (1) ?

Quand il s'agit de préciser devant quels tribunaux fonctionne l'immunité judiciaire, on dit généralement que les dispositions de l'article 41 s'appliquent devant toutes les juridictions contentieuses (2). Cette formule ne donne qu'une idée vague et peu exacte de la question : vague, car la délimitation de ce qui constitue ou non une juridiction contentieuse est très délicate ; peu exacte, car la jurisprudence a reconnu l'existence de l'immunité devant des organismes qu'il est bien difficile de classer dans cette catégorie (3).

En étudiant de plus près la question, on se trouve en présence de deux systèmes opposés :

I. — SYSTÈME RESTRICTIF

Le premier, qui est peut-être le plus logique et certainement le plus conforme aux intentions du légis-

1. Pour étudier cette question dans tous ses détails nous l'envisagerons, tant au point de vue des écrits produits que des discours prononcés en justice.

2. Fabreguettes, t. I., p. 14.

3. Juge de Paix conciliateur ; Commission d'enquête ; Bureau d'Assistance judiciaire.

lateur de 1819, établit une corrélation étroite entre toutes les parties de l'article 41 et déclare que l'immunité de son paragraphe 3 s'applique seulement quand les dispositions des alinéas 4 et 5 peuvent recevoir leur exécution.

Il est nettement formulé en ces termes par M. Fabreguettes : « Les discours prononcés ou écrits produits pour la défense des parties, n'échappent à l'action du ministère public ou à une action principale des parties en cause ou des tiers lésés, que parce qu'ils sont immédiatement appréciés, contrôlés, réprimés, s'il est besoin, par une autorité investie du droit de les examiner, de les condamner ou de les absoudre » (1).

De la règle ainsi posée, découlent deux conséquences pratiques : « La première, c'est que l'article 41 n'a en vue que les discours tenus et les écrits produits devant une juridiction investie du droit d'appliquer la répression qu'il a établie ; la seconde c'est qu'il faut que l'affaire se présente de telle manière, devant cette juridiction, que celle-ci soit mise à même d'appliquer cette répression (2). »

Cette double condition écarte non seulement les tribunaux que leur nature empêche d'exercer ce droit, mais encore ceux qui ne peuvent le faire parce que, soit d'une manière générale, soit dans l'espèce envisagée, ils n'ont pas à statuer sur le fond de la

1. Fabreguettes, n° 3; *sic* Mangin, *Traité de l'action publique*, n° 153; De Grattier, t. I, p. 242. Rapport précité du duc de Broglie.

2. Mangin, *loc. cit.*

contestation qui leur est soumise. On se souvient en effet que c'est seulement au juge saisi de la cause et statuant sur le fond, que notre article donne le droit de prononcer suppression, dommages-intérêts et suspension.

La jurisprudence a fait application de cette théorie en refusant, par des décisions déjà anciennes, d'appliquer l'immunité devant les Chambres du conseil (avant la loi du 19 juillet 1856 qui a transféré leurs attributions aux juges d'instruction) (1) les Chambres des mises en accusation (2), etc...

Ce système a le grand inconvénient de restreindre les droits de la défense, dans certains cas où ils sont aussi respectables que dans les autres. Il sacrifie à des raisons de forme et de procédure, une institution basée sur des considérations de fond, qui conduisent à « protéger la défense des parties et à ne pas confondre celui qui, dans le seul dessein de nuire porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne, avec la partie qui, vivement préoccupée de sa défense, se trouve entraînée à employer comme auxiliaires la diffamation et l'injure » (3).

Aussi la jurisprudence a-t-elle généralement abandonné la théorie que nous venons d'exposer (4).

1. Cass., 22 août 1828. D. R. v° presse out., 857, n° 6.

2. Cass., 18 octobre 1821. D. R. v° press. out., 1178; Cass., 7 décembre 1821. D. R. v° inst. crim., n° 1048; V. pour les juges de paix en audience de concil. : Aix, 30 avril 1845, D. 1846. 4. 413.

3. D. R., v° press. out., n° 1181.

4. D. R., v° press. out., n° 1175; Carpentier rep. v° diff. n° 1395 et s.; sic. Barbier, n° 784; Le Poittevin, p. 451; Tribunal simple police du Havre, 9 novembre 1917 (*Gaz. Trib.* 16 décembre 1917).

II. — SYSTÈME EXTENSIF

Elle voit dans les dispositions du paragraphe 3, d'une part, et des paragraphes 4 et 5 de l'autre, deux idées distinctes, n'ayant pas entre elles une corrélation telle, que l'on ne doive pas appliquer l'une là où les autres seraient inapplicables.

Ce système a trouvé son expression dans un arrêt de la Cour de Grenoble du 21 décembre 1872 (1) qui s'exprime en ces termes : « Attendu qu'on ne saurait limiter la disposition principale de l'article 23 de la loi du 17 mai 1819 aux débats qui s'agissent devant les tribunaux appelés à statuer sur les procès engagés, sous le prétexte qu'eux seuls étant saisis de la cause, peuvent aux termes subséquents du même article et, en statuant sur le fond, prononcer la suppression des écrits injurieux ou diffamatoires et condamner qui il appartient aux dépens ;

Que cette seconde disposition déroge à la première dans les conditions qu'elle indique, mais n'en restreint pas l'étendue ; que ce n'est pas l'interdiction générale de l'action en diffamation ou injure pour tous les discours prononcés, ou écrits produits devant les tribunaux, mais la faculté exceptionnelle de la suppression ou de la condamnation aux dommages-intérêts, qui est subordonnée au cas où le tribunal, saisi de la cause, peut statuer, et statue effectivement, sur le fond du procès ;

1. D. 74. 2. 48.

Que si la décision sur le fond ne peut intervenir, soit parce qu'un désistement, un abandon, une transaction vient la rendre inutile, soit parce qu'elle ne rentre pas dans les attributions à raison desquelles le tribunal se trouve saisi de la cause, l'immunité subsiste sans restriction, avec toute la force de la disposition générale qui l'établit et des considérations qui l'ont fait consacrer. »

Le système est ainsi nettement formulé ; il reste à en faire l'application.

Il semble que, donnant au mot « tribunaux » le sens le plus étendu, on devrait reconnaître l'existence de l'immunité partout où une discussion judiciaire donne aux parties l'occasion d'exposer ou de défendre leurs prétentions. Un jugement de la 10^e chambre du tribunal de la Seine du 25 avril 1917 (1) a fait une intéressante application de cette idée aux bureaux d'Assistance judiciaire. Mais on ne doit le considérer que comme une décision isolée et la pratique, en général, ne va pas encore si loin. Si l'accord paraît fait pour appliquer l'immunité devant les juges de paix conciliateurs (2), les tribunaux

1. (*Gaz. Trib.*, 15 septembre 1917). Puisqu'on admet l'immunité devant le juge de paix conciliateur, il semble que l'on doive l'étendre aux discours prononcés et écrits produits devant les bureaux d'Assistance judiciaire, dont le rôle, dans les mœurs actuelles, se rapproche beaucoup de celui du juge de Paix en conciliation. Il est regrettable que le tribunal de la Seine ne se soit pas contenté des raisons de principe qui suffisaient à motiver sa décision et ait cru devoir se référer à la jurisprudence antérieure qui, en réalité, est en sens contraire.

2. La jurisprudence ancienne refusait l'immunité devant eux : Aix, 30 avril 1845, S. 47. 2. 87 ; Bordeaux, 16 mai 1861, S. 61. 2.

d'exception, les juridictions administratives et militaires, les juges commissaires (1), juges des référés (2) etc... et, en sens contraire pour l'écarter en matière de pétitions ou mémoires adressés aux préfets (3), une controverse subsiste en ce qui concerne les arbitres (4) et les commissions ou jurys dépourvus de caractère contentieux (5).

Quoiqu'il en soit de ces divergences et des conséquences de la jurisprudence, retenons de ce système, comme trait dominant qu'il érige en règle fondamentale et absolue, l'immunité de la défense, et la rend indépendante de toute question de compétence et de procédure.

a) Critiques. — 1° *Désaccord avec les intentions du législateur de 1819.* — On peut formuler contre lui une double critique :

535 ; Dijon, 18 février 1857, *eod. loc.* ; mais elle est maintenant fixée en sens contraire : Limoges, 23 avril 1868, S. 68. 2. 163 ; Cass. 17 août 1881, D. 82. 1. 297 ; Cass., 27 octobre 1894, D. 95. 1. 6 ; Trib. Toulouse, 3 janv. 1895 (*la Loi*, 27 février 1895). V° pour le juge de paix statuant sur l'application du moratorium : tribunal de simple police du Havre ; 9 nov. 1917 (*Gaz. Trib.* 16 déc. précité).

1. Rennes, 21 avril 1869, D. 69. 2. 168 ; Bastia, 19 mai 1876, D. 77. 2. 38.

2. Paris, 30 juin 1884 (*Lois nouv.*, 84. 2. 134).

3. Metz, 19 fév. 1867, D. 67. 2. 45 ; Cass., 21 mars 1861, D. 61. 5. 377.

4. Refusant l'immunité ; Cass., 6 juin 1902, S. 1905. 1. 56 ; Chassan, t. I, p. 79 ; De Grattier, t. I, p. 243 ; Le Poittevin, t. I, p. 456 ; Fabreguettes, t. I, p. 14. *ad Notam.* *Contra* : Barbier, n° 785. D. R. v° press. out., n° 1181.

5. Refusant : Cass., 14 août 1856 ; Carpentier, rep. v° diff., n° 1387 ; Fabreguettes, *loc. cit.* *Contra* : Loudun, 21 nov. 1884 (*Jal. dr. crim.*, 1885, p. 79) et note de M. Labbé dans *le Journ. du Palais*, 1879, p. 966.

Tout d'abord, il paraît peu d'accord avec les intentions du législateur, exprimées dans le passage précité du rapport du duc de Broglie à la Chambre des Pairs de 1819, rapport qui, d'ailleurs, se bornait à reproduire la doctrine traditionnelle de notre ancienne jurisprudence.

L'objection n'a pas une grande valeur, car nous avons vu qu'on interprète aujourd'hui la disposition qui nous occupe dans un sens nettement contraire à l'opinion ainsi formulée par le rapporteur de la loi de 1819 ; mais il en est une autre beaucoup plus forte, parce qu'elle est basée sur une très importante considération d'intérêt pratique.

2° *Insuffisance de protection des tiers.* — Si la théorie que nous venons d'exposer est très protectrice des droits de la défense, elle a, par contre, l'inconvénient de négliger singulièrement ceux des tiers.

L'article 41 restreint déjà beaucoup ceux-ci lorsqu'on se trouve en présence d'une juridiction pouvant appliquer toutes les sanctions de son paragraphe 4, mais, si l'on suppose qu'il n'en soit pas ainsi, qu'on ait affaire par exemple à la Chambre des mises en accusation (1), on ne peut, méconnaître que, dans ce cas, les tiers sont absolument sacrifiés. Les parties pourront, abritées derrière une immunité

1. D. Suppl. v° press. out. 1409. Cet auteur paraît admettre cependant que la Chambre des mises en accusation pourrait prononcer la suppression, dans le cas où elle rend un arrêt de non lieu.

qui, cōtre l'intention évidente du législateur, devient ici absolue, se livrer à toutes les injures, à tous les outrages, en ayant soin de ne pas les séparer de leur défense, sans qu'il soit possible aux personnes lésées d'obtenir la moindre satisfaction.

b) **Remèdes.** — Pour répondre à ces critiques, les partisans du système (1) proposent deux solutions qui ont d'ailleurs été, en partie adoptées par la jurisprudence :

Sens spécial du mot « Fond ». — La première consiste à considérer que, dans le paragraphe 4 de l'article 41, l'expression « le fond » ne s'entend pas au sens ordinaire, mais signifie « la question soumise au tribunal ». A ce point de vue, le fond s'oppose à l'incident né à raison des imputations injurieuses ou diffamatoires, et dès lors notre disposition attribue, en principe, même à une juridiction d'instruction, à un juge de paix en conciliation, compétence pour statuer sur la cause dans l'état où elle se trouve portée devant lui.

Il a été décidé, en ce sens, que des juges peuvent prononcer suppression et dommages-intérêts, bien qu'ils statuent seulement sur la compétence, (2) ou qu'ils soient dessaisis par un arrêté de conflit (3).

Malheureusement, si cette interprétation lève la difficulté quand la seule raison empêchant le tribu-

1. Barbier, n° 784.

2. Cass., 22 août 1851. D. 51. 5. 419.

3. Paris, 20 déc. 1856. S. 58. 2. 32; *contra* : de Grattier, t. I, p. 241 ; Rousset, n° 2409 ; Cons. d'Etat, 19 janv. 1860, D. 63. 3. 62.

nal de prononcer les sanctions de l'alinéa 4 de l'article 41, est qu'il n'a pas à solutionner le fond proprement dit de la contestation, elle reste impuissante en présence de juridictions que leur nature même prive de ces moyens de répression.

Il semble difficile, par exemple, d'investir le juge des référés, à l'aide d'un artifice d'interprétation et en vertu d'un texte qui ne l'a certainement pas visé, du droit de statuer sur une demande de dommages-intérêts, alors qu'il ne peut jamais prononcer de condamnation pécuniaire, même aux dépens ; à plus forte raison en est-il de même du juge de paix conciliateur. Quant aux juridictions d'instruction, il y a, à leur égard, contre la possibilité d'une telle solution, une raison de droit qui a été très fortement développée par de Grattier (t. I, n° 17) : « Le droit de défense est corrélatif du droit de répression et la défense serait impossible à la personne qui aurait commis la diffamation ou l'injure devant les Chambres d'accusation et du conseil (aujourd'hui juges d'instruction) (1) ».

Résumons : En considérant que, dans l'article 41,

1. Si nous avons plus haut émis l'opinion que la suppression et les injonctions simples pourraient être prononcées par tout organisme judiciaire investi d'une juridiction quelconque, c'est qu'il s'agit là en quelque sorte de mesures d'ordre qui, surtout la première, visent plutôt le discours ou l'écrit envisagé objectivement et indépendamment de la personnalité de leur auteur : voir les notes 1 et 2 à la page 95 ; *sic* Chassan, t. III, p. 109 : « la suppression peut être prononcée sans avoir préalablement demandé des explications ; il n'y a pas d'inculpé, il n'y a non plus personne de condamné. La décision porte sur une chose et non sur une personne ».

« le fond » ne s'entend pas dans le sens usuel, mais par opposition à l'incident créé par l'abus de la défense, on remédie bien à l'inconvénient signalé plus haut pour les tribunaux de droit commun, on les met ainsi toujours à même de prononcer les répressions de l'alinéa 4 ; mais la difficulté reste entière à l'égard des tribunaux d'exception qui en sont empêchés par leur nature propre.

Rédaction d'un procès-verbal, soumis ultérieurement au juge saisi. — A ce point de vue, la théorie que nous étudions n'est pas non plus restée à court ; elle propose un expédient qui a, lui aussi, été adopté dans certains cas par la jurisprudence.

Le juge devant lequel se produit l'incident, pourra dresser procès-verbal des faits, donner acte à la personne lésée de ses réserves et même déclarer les imputations diffamatoires étrangères à la cause.

Cela produira le double effet : 1° de rendre possible une action ultérieure en diffamation ;

2° De permettre au juge saisi du fond (au sens ordinaire), pour lequel les procès-verbaux en question deviendront des pièces du procès pendant devant lui, de les apprécier et de les réprimer comme telles, conformément à l'article 41.

La jurisprudence a sanctionné cette manière de procéder par plusieurs arrêts (1), notamment un de la Cour de Rennes, décidant que les propos diffamatoires, dirigés par un créancier contre un autre créan-

1. Bastia, 27 déc. 1834 ; D. R. v° Compétence criminelle n° 622 (2) ; Cass., 30 déc. 1851, D. 52, I. 154 ; Cass., 17 août 1881, précité.

cier, lors de la vérification des créances et en présence du juge commissaire d'une faillite, lorsqu'ils ont été consignés par ce juge dans un procès-verbal de contredit, présenté et soumis au tribunal saisi du fond, doivent être considérés comme produits devant ce tribunal; celui-ci devient ainsi compétent pour apprécier ces propos et donner acte des réserves faites par la partie qui se prétend diffamée, en statuant sur le fond de la contestation (1).

Ce système atténue en partie les inconvénients de la théorie jurisprudentielle, mais il ne les supprime pas entièrement, car il subsistera des cas où les personnes lésées se trouveront désarmées en face des excès de la défense.

La poursuite disciplinaire leur sera fermée toutes les fois qu'elles auront affaire à un tribunal d'exception (2).

Quant aux dommages-intérêts, les parties en seront privées lorsque le juge, devant lequel l'incident s'est produit, incompetent pour allouer des réparations pécuniaires, n'aura pas à renvoyer devant une juridiction qui puisse le faire. C'est ce qui aura lieu notamment en cas d'arrêt ou d'ordonnance de non-lieu.

Si l'on ne veut pas que les injures ou diffamations qui se seront produites devant la chambre des mises

1. Rennes, 21 avril 1869, D. 69. 2. 168. V. en ce sens, Carpentier rep. v^o diff. n^o 1498.

2. Tout au moins dans le système généralement adopté par la doctrine, V. *infra*, p. 174.

en accusation ou le juge d'instruction, restent alors complètement impunies, il faut trouver un autre procédé juridique. En effet, les principes ordinaires de la compétence, combinés avec la disposition de l'al. 3 de notre article, font qu'aucune juridiction ne peut dans ce cas prononcer de sanction, si bien que, l'immunité subsistant et acquérant même une force absolue qui n'était certes pas dans l'intention des législateurs de 1881, ni surtout de ceux de 1819, les écarts de la défense restent alors absolument impunis.

Mesure analogue à celles de la loi de 1889. — Le système qui permettrait d'arriver au résultat cherché, le seul respectant également les droits de la défense et ceux des tiers, consisterait à poser en principe l'existence de l'immunité devant tout organisme judiciaire où se débat, à quelque titre et sous quelque forme que ce soit, un litige quelconque ; à donner à cet organisme, (nous employons volontairement un mot au sens très compréhensif), le droit de prononcer les injonctions simples et la suppression, envisagées, non comme des peines (1), mais comme de simples mesures d'ordre (2) ; et à lui per-

1. La suppression d'un écrit n'a pas le caractère de peine : Cass., 5 avril 1839, aff. Parquin (*Gaz. trib.*, 24 mars et 6 avril) ; Châssan, t. III, p. 402, note ; *id.*, p. 79. « Cette suppression n'est pas une peine, il y a dans cet acte une simple censure morale qui frappe plus l'écrit que son rédacteur. »

2. En ce sens : rapport de M. le Conseiller de Gaujal sous Paris, 30 décembre 1856, D. 58. 2. 32. « Le droit de suppression est une conséquence, en quelque sorte, du droit de police de l'audience. »

mettre de réserver les autres actions susceptibles d'être exercées par le ministère public ou par des tiers, quand il ne serait pas lui-même apte à en connaître.

C'est le système qu'a adopté la loi de 1889, pour les conseils de Préfecture ; malheureusement il semble impossible de l'étendre hors du cas prévu par cette loi, sans une modification en ce sens de l'article 41, car les principes ordinaires d'interprétation ne permettent pas de déduire de ce dernier texte de pareilles conséquences.

CHAPITRE III

A quels discours s'applique l'immunité ?

Nous avons vu à qui et devant quels tribunaux s'applique l'immunité de l'article 41 de la loi de 1881 ; reste à rechercher quels sont les discours qui en bénéficient (1).

Indiquons tout de suite que ce sont ceux prononcés « en justice » « pour la défense des parties ».

1^o Prononciation en justice. — Nous n'entendons pas, en disant que les discours doivent avoir été prononcés en justice, revenir sur la discussion relative à la détermination des tribunaux devant lesquels l'immunité a lieu. Que l'on adopte sur cette question l'une ou l'autre des opinions précitées, on doit reconnaître que les paroles envisagées ne sauraient bénéficier des dispositions de l'article 41 sans avoir été prononcées en présence des magistrats et dans le cours de l'instruction judiciaire ou du débat qui se déroule devant eux.

Il a été jugé, par application de cette idée, que les injures proférées par une des parties contre l'autre

1. Au point de vue du caractère injurieux, outrageant ou diffamatoire des discours, V. *infra*, p. 203 et suiv.

dans la salle d'audience, mais en l'absence du tribunal retiré pour délibérer, ne bénéficient pas de l'immunité (1), pas plus que les propos tenus après le prononcé de la sentence (2), ou hors de l'audience (3).

2^e Prononciation « pour la défense des parties ». — On aurait pu d'ailleurs écarter les dispositions de l'article 41 dans ces circonstances en vertu d'un autre principe, c'est que l'immunité protège seulement les discours tenus « pour la défense des parties » ; or tel n'était certainement pas le cas en l'espèce.

a) CONCILIATION DE L'ARTICLE 41 AVEC LES ARTICLES 181 ET 505 C. I. C. — Le point où nous sommes parvenus est certainement l'un des plus délicats de notre étude, car il met en conflit deux séries de textes qui, à première vue, semblent difficilement conciliables ; les 3 derniers paragraphes de l'article 41 de la loi de 1881, d'une part et, de l'autre, les articles 181 et 505 du Code d'instruction criminelle organisant la répression des délits d'audience.

Il y a une nécessité pratique qui s'impose avec une force absolue, c'est le respect de l'audience, l'impossibilité de laisser sans répression les insultes que les plaideurs pourraient se permettre envers les magistrats, les témoins, etc...

1. Cass. crim., 19 nov. 1829, D. R. v^o press. out., n^o 1196.

2. Grenoble, 9 mai 184, D., *loc. cit.*, Limoges, 23 avril 1868, S. 68, 2. 163.

3. Cass., 7 juillet 1827, D., *loc. cit.*

L'immunité ne peut les couvrir. Si telle était sa portée, l'article 41 entraînerait des conséquences inadmissibles et rendrait impossible la police des audiences ; forts de l'immunité écrite dans la loi, certains individus accablent d'injures et d'outrages les magistrats et les témoins, et l'audience présenterait le spectacle le plus déplorable ; les juges assisteraient en quelque sorte en spectateurs à ces scènes de désordre, qu'ils seraient impuissants à réprimer ; tel n'a donc pu être la portée de la loi (1).

Les articles 10, 11, 89 et suivants du Code de procédure civile et 504 du Code d'instruction criminelle, donnent bien aux juges certains pouvoirs de coercition qu'ils peuvent exercer sans se mettre en contradiction, même apparente, avec notre texte, mais ces dispositions ne visent que les irrévérances non délictueuses. Quand l'insulte, le tumulte prennent nettement le caractère d'outrage, d'injure, ou de diffamation, la nécessité d'une répression énergique s'impose plus encore, et alors cependant l'on se trouve en présence d'une situation qui paraît sans issue. Les articles 181 et 505, en effet, ne permettent la répression que s'il y a délit et que les peines du droit commun soient applicables ; or, le paragraphe 3 de l'article 41 supprime le caractère délictueux des faits envisagés, ou, tout au moins, ne permet pas de prononcer les peines portées par les textes ordinaires, son paragraphe 4 réduisant les pouvoirs de représ-

1. Carpentier, rep. v^o diffam., n^o 1612.

sion du tribunal à certains moyens, spécialement et limitativement énumérés : suppression, injonction, suspension, dommages-intérêts.

Donc, à combiner purement et simplement les textes précités, il serait impossible aux tribunaux de prononcer dans ces cas les peines de l'outrage, de l'injure et de la diffamation. Cette conséquence est inadmissible et personne ne l'admet (1).

Mais quand il s'agit de trouver l'explication juridique de cette solution sur laquelle tout le monde est d'accord, des divergences s'élèvent.

1° *Critérium de forme.* — D'après Barbier (2) le critérium entre les discours protégés ou non par l'article 41, se trouverait dans la forme qu'ils revêtent. Ce que la loi de presse prévoit c'est « la discussion d'audience », à l'exclusion des « interruptions bruyantes », des « apostrophes violentes », en un mot, du « délit d'audience ».

Si l'on se trouve en présence d'un fait de cette nature, ce n'est pas en tant qu'offense adressée à la personne diffamée ou injuriée qu'il est réprimé, mais bien comme constituant un trouble à la majesté de l'audience et un manque de respect envers la justice.

« L'article 41., d'après cette théorie, n'entend protéger la défense que contre les actions en diffamation

1. V. notamment Amiens, 26 mai 1882 (*Gaz. Pal.*, t. II, p. 484) ; Angers, 11 oct. 1882 (*Rev. crit.*, 82, p. 425) ; Cass., 26 février et Cass., 12 juin 1909 (*Sirey*, 1913 1. 420) ; Cour d'assises du Rhône, 16 août 1882 (*Gaz. trib.*, 22 août).

2. Barbier, n° 790.

et injure qui pourraient être intentées contre les parties plaidantes par tous ceux qui se prétendraient lésés par leurs discours ou écrits... Les articles 181 et 505 au contraire... dans un intérêt supérieur d'ordre public, veulent donner aux juges les pouvoirs nécessaires pour punir toute atteinte à la dignité de l'audience (1). »

Ce système contient évidemment une grande part de vérité mais il a l'inconvénient de ne pas être parfaitement d'accord avec le but et la nature de l'institution que nous étudions.

2° *Critérium tiré du but des propos.* — Qu'est-ce, en effet, que la loi a voulu protéger ? C'est l'exercice du droit de défense. Tout ce qui est dit pour la défense de la partie doit donc bénéficier de l'immunité (2), sous quelque forme que cette défense

1. Barbier, *loc. cit.*

2. M. Fabreguettes, t. I. p. 387, semble se rapprocher un peu de ce système, d'une manière toutefois plus restrictive, en professant que les imputations dirigées à l'audience par un inculpé, soit contre un particulier, soit contre un témoin, peuvent être réprimées séance tenante *lorsque les juges estiment que le droit de légitime défense a été dépassé* ; il base ce critérium sur l'art. 319 C. I. C. qui permet de dire « ce qui peut être utile à la défense » ; mais cet auteur s'écarte entièrement de notre théorie, lorsque, pour délimiter la sphère d'application respective des art. 41 et 181, il écrit que l'art. 41 de la loi sur la presse ne régit que les écarts de la défense entre parties, tandis que l'art. 181 vise des infractions commises le plus souvent contre des tiers. Il suffit de lire l'art. 41 et notamment son al. 5, pour se rendre compte que cette distinction est erronée. Dans notre sens : D. R. v^o press. out., 1430 ; le Poittevin, t. I, p. 517. « Tout fait de diffamation, d'outrage ou d'injure, dit M. le Poittevin, qui est commis par des personnes étrangères au procès, ou qui, bien que commis par une partie en cause, ne paraît pas prendre sa source dans la discussion même du procès, ne saurait bénéficier de l'immunité. »

se produise. Si cette forme dépasse les habitudes de la discussion d'audience correcte, il y a lieu aux pouvoirs de police ordinaire du président, indépendamment des mesures autorisées par l'alinéa 4 de notre article. Mais jamais aux peines des délits d'injure, d'outrage et de diffamation, à moins que l'on ne puisse considérer que, dans l'espèce, le but du propos incriminé n'est pas de convaincre le juge en réfutant un argument, mais uniquement d'offenser celui qui le produit.

D'ailleurs, cette théorie, qui s'attache à la nature et au but des discours prononcés plutôt qu'à leur forme, diffère peu de la précédente quant aux solutions de fait. Qu'un prévenu de délit politique, traduit devant la Haute Cour, s'écrie en s'adressant à ses juges : « Les juges comme le Procureur général sont aux ordres du gouvernement... ; c'est la honte de la République ; je suis venu ici pour vous jeter mon mépris au visage... ; vous êtes des misérables » (1). Qu'un condamné en entendant la lecture du verdict interpelle l'avocat général en lui disant : « c'est votre arrêt de mort que vous venez de signer » (2) ; on peut baser la non application de l'article 41 à des propos de cette nature, sur leur forme incorrecte et abusive, mais on peut tout aussi aisément la motiver en disant que de telles invectives ne constituent, de près ni de loin, une défense. C'est même beaucoup

1. Arrêt du 21 déc. 1899, condamnant Déroulède à deux ans de prison (*Sirey*, 1901.2.25).

2. Cour d'assises du Rhône, 16 août 1882, précité.

plutôt cette dernière considération qui explique des décisions comme l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 4 avril 1861 (1), relatif au mandataire d'une partie qui, en dehors de la défense dont il est chargé, adresse en son nom personnel des injures à l'adversaire de son client. C'est enfin cette considération seule qui justifie la dérogation généralement admise aux principes énoncés par la première théorie, savoir : que les interruptions et autres irrégularités, dont le but est d'éclairer immédiatement le juge, peuvent à cause de cela, être couvertes par les immunités de la défense (2).

Ce système, fondant l'application de l'article 41 sur des motifs tirés de la nature et du but des propos incriminés, est d'ailleurs en parfaite harmonie avec les principes qui dominent la répression des délits d'audience. A la base des articles 181 et 505 se trouve la nécessité d'un délit, distinct du trouble apporté à l'audience; or nous avons vu que ce qui écartait le caractère délictueux de l'injure et de la diffamation prévues par l'article 41, c'était le fait qu'elles étaient motivées par un but de défense, cette immunité étant uniquement basée sur des considérations de fond, doit rester indépendante de toute considération de forme. Quelle que soit donc la forme dans laquelle la défense se produit, du moment qu'elle reste le but des propos envisagés, l'effet

1. D. 66. 5. 369.

2. De Grattier, t. I, p. 233; Carpentier, rep. v^o diff., n^o 1393; Barbier, n^o 785.

doit demeurer le même et, le caractère délictueux faisant défaut, l'application des articles 181 et 505 manque de base.

Il appartiendra d'ailleurs aux tribunaux de trancher souverainement la question de l'étendue de la défense, en reconnaissant si, dans chaque espèce, le but du propos incriminé est un but de discussion, ou au contraire, une simple intention outrageante. Mais il leur faudra « laisser une grande latitude, et n'agir qu'au cas d'excès grave. » (1)

b) APPLICATION ALTERNATIVE DE L'ARTICLE 41 ET DES ARTICLES 181 ET 505 DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE. — Quoiqu'il en soit de toute cette discussion de théorie qui, la plupart du temps, n'influencera pas les solutions pratiques, un point paraît incontestable, c'est que l'article 41 d'une part, et les articles 181 et 505 de l'autre, ont des sphères d'application absolument distinctes, si bien que dans les cas où l'un doit être observé, les autres sont inapplicables et inversement (2).

Telle ne paraît cependant pas être l'opinion la plus généralement admise. M. Barbier dit très nettement (N° 785), en parlant des interpellations ou interruptions violentes à l'audience : « Si elles présentent un caractère injurieux, le tribunal peut même, en vertu des articles 181 et 505 du Code d'instruction criminelle, les réprimer comme délit d'audience et faire,

1. Fabreguettes, t. I, p. 388, 389; *sic*, Chassan, t. III, p. 64.

2. En ce sens, Rousseau, *Des délits de parole commis à l'audience*, p. 2, note 1.

séance tenante, application au coupable des peines portées contre l'injure. Mais il n'en est pas moins vrai que ces interpellations ou interruptions sont des discours, des propos tenus à l'audience, qu'elles bénéficient à ce titre des immunités de l'article 41 et qu'elles ne sauraient, dans aucun cas, donner lieu à l'exercice d'une action séparée, à la requête ou sur la plainte de la personne injuriée. »

Une pareille doctrine nous semble inadmissible ; le simple examen de l'article 41 en démontre la fausseté, car il est visible que ce n'est pas seulement contre les poursuites des tiers ou des parties lésées que ce texte protège la défense, mais aussi contre des répressions spontanées de la part du tribunal, dont les pouvoirs sont strictement limités aux mesures permises par l'alinéa 4.

Si l'on se trouvait seulement en présence de la disposition de l'alinéa 3, on pourrait soutenir que le mot « action », qu'il emploie, veut dire, comme l'entend Barbier, « action séparée à la requête ou sur la plainte de la personne lésée » ; mais l'alinéa 4 ne permet pas d'accepter cette interprétation : en énumérant les exceptions à l'immunité ainsi établie, il vise des mesures ne pouvant être prises que spontanément par le tribunal, notamment les injonctions, qu'il n'y aurait pas eu besoin d'autoriser par une exception spéciale au paragraphe précédent, si celui-ci avait eu le sens que lui attribue Barbier. Il ressort nettement de là que ce n'est pas seulement l'action séparée, appartenant de droit commun à la victime

de l'outrage, que prohibe l'article 41, mais même les voies de répression quelconque attribuées au tribunal lui-même en vertu des diverses dispositions sur la police de l'audience.

Or, comme il est universellement admis que, dans certains cas, le tribunal reprend ces pouvoirs, c'est donc qu'alors l'article 41 ne s'applique pas.

Ce raisonnement est tellement probant que la Cour de cassation, poussant la logique à l'extrême, et frappée de l'antinomie absolue existant entre l'article 23 de la loi de 1819 et l'article 6 de la loi du 25 mars 1822 qui punit l'outrage adressé à un témoin à raison de sa déposition, avait décidé, par un arrêt du 6 novembre 1823, que ce dernier texte abrogeait virtuellement l'article 23 de la loi du 17 mai 1817 (1). Bien qu'à juste titre critiqué par la doctrine, cet arrêt a eu le mérite d'affirmer cette vérité, que l'on ne peut admettre l'application simultanée des textes créant l'immunité judiciaire et de ceux punissant les délits d'audience.

Considérons donc comme établi que l'application de ces textes est, non pas cumulative mais alternative. L'on se trouvera toujours en présence de l'une des deux hypothèses suivantes :

Ou bien le propos visé ne peut pas être considéré comme prononcé dans un but de défense, (2) et il échappe à l'article 41 pour tomber sous le coup des

1. *Sirey*, t. XXIV, p. 157; De Grattier, t. I, p. 246.

2. Si l'on adopte notre théorie dans le cas contraire, on considérera comme échappant aux dispositions de l'article 41, les discours qui excèdent les formes d'une discussion d'audience correcte.

articles 181 et 505 du Code d'instruction criminelle ; ou bien, à l'inverse, les paroles incriminées, rentrant dans les limites ci-dessus précisées, sont protégées par l'article 41, et les seules répressions que leur auteur puisse encourir sont celles visées aux paragraphes 4 et 5 dudit article.

Du principe ainsi posé va découler une conséquence qui pourra paraître discordante avec les règles ordinaires de la matière et surtout avec les précédents historiques ; mais la logique de notre système nous force à l'admettre : Lorsqu'un délit d'injure, d'outrage, ou de diffamation se produit à l'audience sans bénéficier de l'immunité, rien n'empêche le Ministère public (1), si le tribunal ne s'est pas saisi, et les personnes lésées, dans tous les cas, d'agir par voie d'action séparée pour en obtenir la réparation.

Barbier, dans le passage précité, repousse formellement cette solution, en motivant son opinion sur l'application de l'article 41. Nous avons dit pourquoi cet article nous paraissait inapplicable. Il ne pourrait donc fonder ici une décision contraire à celle que nous adoptons.

La seule raison susceptible de s'opposer à l'exercice d'une action séparée, serait celle exposée en ces termes, par Chassan (2) : « L'injure ne peut jamais être autorisée par les nécessités de la défense ; elle

1. Sauf la nécessité d'une plainte de la personne injuriée ou diffamée, dans les cas où les articles 47 et 60 de la loi de 1881 l'exigent.

2. T. I, p. 88.

dégénère toujours en irrévérence envers le magistrat, soit qu'elle s'applique aux parties, soit qu'elle concerne les tiers. Les juges, devant lesquels l'injure est prononcée, ont le droit comme le devoir de sévir à l'instant même, conformément aux trois premières dispositions de l'article en question. Dès lors l'injure ne peut faire l'objet d'aucune action séparée, car, de deux choses l'une, ou elle a donné lieu à répression, ou elle a été couverte par le silence du juge ». Ce raisonnement est très spécieux, et il était généralement admis dans notre ancien droit. Mais, dans l'état actuel de notre jurisprudence, il doit être repoussé. En effet, posée sur ce terrain, la question ne se limite pas à notre matière, il faut l'étendre à tous les délits commis à l'audience et elle devient ainsi le problème classique du caractère facultatif ou impératif de l'article 181. Chassan le tranche d'une manière radicale, en décidant que la compétence exceptionnelle de l'article 181 est exclusive, en ce sens que, si le tribunal n'en a pas usé, le délit commis à son audience jouit d'une impunité absolue et ne peut plus donner lieu à aucune poursuite (1). La jurisprudence avait d'abord paru se ranger à son opinion, mais cette théorie est aujourd'hui unanimement abandonnée et l'on est d'accord pour admettre que « rien ne s'oppose à ce qu'une poursuite ultérieure soit dirigée contre le délinquant » (2). Il n'y a pas de rai-

1. *Sic*, exposé des motifs de l'article 181; Cass., 27 fév. 1832 (D. R. v° pr. out., 1433.1). Paris, 18 août 1849; D. 49.2.223.

2. Fabreguettes, t. I, p. 390; Barbier, n° 685; Parant, p. 208; Amiens, 25 janv. 1878 (*Pal.* 77.726).

son qui permette de créer une exception à cette règle sous le prétexte qu'il s'agit d'injures, d'outrages ou de diffamations proférées par une partie.

La jurisprudence a d'ailleurs admis cette conséquence de notre théorie à l'égard de certaines paroles qu'elle excepte des immunités de la défense, en décidant qu'elles ne sauraient jouir des dispositions spéciales de l'article 41 (1).

Résumons tout ce que nous venons d'exposer au sujet de cette seconde condition d'application de l'immunité judiciaire : pour qu'un discours jouisse de celle-ci, il faut et il suffit qu'il ait été prononcé *pour la défense des parties* mais, faute de satisfaire à cette condition, il rentre entièrement sous l'empire du droit commun.

3° Qu'est-ce qu'un discours ? — 1° THÉORIE DE LA DÉFENSE RÉGULIÈRE. — A ces deux conditions, doit-on en ajouter une troisième relative à la forme des paroles envisagées ? Tout le monde est d'accord pour admettre qu'il ne faut pas s'arrêter au mot « discours » ; le texte vise aussi bien le mot isolé, la simple phrase, que la véritable plaidoirie. Mais, d'après la théorie généralement adoptée, le législateur ne protège que la défense régulière. Si les parties s'écartent des formes prescrites par la loi ou par l'usage, elles ne jouissent plus des immunités établies par l'article 41.

1. Cass., 30 avril 1842 (*Bull. crim.* 107); Barbier, 785, précise le sens de cette décision en la critiquant.

Cette doctrine se manifeste par deux ordres d'applications :

a) D'une part, l'arrêt précité de la Cour de cassation (1) a décidé que des paroles injurieuses prononcées par une partie pendant la plaidoirie de son conseil et sans avoir obtenu la parole du président, ne bénéficient pas des faveurs de l'article 41. La doctrine a généralisé la thèse de cet arrêt en décidant, en principe, que cette protection ne s'étend pas aux interruptions d'une partie ou de son avocat pendant les plaidoiries, dépositions ou interrogatoires (2).

b) D'autre part, l'immunité ne pourrait s'appliquer aux discours ou observations orales produites dans les causes qui se jugent par écrit, notamment en matière d'enregistrement, de récusation (3) ; pas plus d'ailleurs, qu'aux écrits produits devant les juridictions où le débat est exclusivement oral comme en Cour d'Assises (4).

2° THÉORIE DE LA LIBRE DÉFENSE. — Cette théorie est critiquée par l'auteur du mot presse-outrage dans le répertoire de Dalloz, approuvé sur ce point, par Barbier. D'après lui, « lorsque les discours ont

1. Cass., 30 avril 1842, précité ; Fabreguettes, n° 3.

2. Fabreguettes, *loc. cit.* ; De Grattier, t. I, p. 233 ; Le Poittevin, t. I, p. 438.

3. De Grattier, Fabreguettes, *loc. cit.* ; *contra* : Barbier ; 785 ; Le Poittevin, t. I^{er}, p. 440. Ces deux auteurs acceptent en partie la première conséquence du principe ci-dessus posé, mais rejettent la deuxième. Quant à M. Fabreguettes, bien qu'approuvant aussi cette dernière solution, il est forcé de reconnaître que « la liberté de la défense commanderait une solution libérale ».

4. Cass., 11 août 1820 (D. R. v^o défense, n° 125).

été tenus devant un tribunal pour la défense d'une cause, la lettre et l'esprit de la loi doivent soustraire l'infraction à l'application des règles ordinaires ».

Si les paroles qui constituent une infraction à la police de l'audience, cessent parfois de bénéficier de l'immunité, c'est qu'on les considère alors comme ne faisant pas partie de la défense. Les partisans de la théorie adverse eux-mêmes se rapprochent de cette manière de voir en reconnaissant que, si l'utilité des interruptions et interpellations se manifeste nettement, l'article 41 reprend son empire, nonobstant la brutalité de l'expression. La forme qu'affectent les propos envisagés n'est donc pas une condition absolument déterminante de l'immunité. Il serait cependant inexact de prétendre qu'elle reste sans influence sur l'existence de celle-ci ; nous verrons plus loin qu'on la prend en considération pour savoir si les discours font ou non partie de la défense ; les plaidoiries et discours méthodiques devant, jusqu'à preuve contraire, être censés s'y rattacher, tandis qu'une règle inverse s'impose à l'égard des interruptions et autres interpellations violentes. La forme ne détermine donc pas la nature des paroles, au point de vue de l'immunité, mais elle crée une véritable présomption.

Quant aux discours que l'on veut exclure de l'immunité parce que les règles ordinaires de la procédure en proscrivent l'usage, c'est le cas de leur appliquer la judicieuse observation de Chassan : (1)

1. T. I., n° 114 en note, 2^e édit.

« Comment peut-il y avoir une plaidoirie ou des observations orales en pareil cas, sans la permission, au moins tacite, du juge ? Il arrive quelquefois qu'après un rapport, les juges permettent aux avocats de plaider ou de faire des observations. Ce qu'ils disent en pareille circonstance, avec la permission du juge, doit être couvert par la protection de l'article 23 (art. 41 actuel). N'en doit-il pas être de même d'une observation présentée par la partie dans le cours ou à la suite du rapport ? Evidemment oui ».

D'ailleurs, le motif reconnu à l'institution que nous étudions, ne permet pas de faire ici de distinction. Il faut donc considérer comme bénéficiant des immunités établies par l'article 41, « aussi bien le simple propos que le discours méthodique (1) » et plus généralement toute parole prononcée par les parties ou leurs représentants devant la justice, sans qu'il y ait à distinguer suivant la forme matérielle de son émission, ni suivant la violence du ton de son auteur ; sans que l'on doive rechercher si elle contient ou non une infraction aux règles de la procédure, ou à la police de l'audience, pourvu qu'elle constitue un élément de la défense des parties.

1. Barbier, 785.

TITRE IV

Droits de la défense

Il reste à examiner quels sont, en face de la législation que nous venons d'exposer, les droits des parties et ceux des tiers lésés. Nous y consacrerons deux titres, le présent pour déterminer l'étendue de ces droits et le suivant pour en rechercher les sanctions.

CHAPITRE PREMIER

Division des discours en trois classes

Bornons-nous pour l'instant aux discours qui présentent les caractéristiques des délits énumérés par le paragraphe 3 de l'article 41, on peut les répartir en trois classes :

a) Les uns constituent l'exercice normal et légitime du droit de défense. Or, celui qui use d'un droit accordé par la loi, sans en dépasser les limites, ne doit encourir aucune sanction. Les discours de cette catégorie ne peuvent donc donner lieu à aucune poursuite, ni répression quelconque, soit pénale, soit civile ou disciplinaire.

b) A l'inverse, d'autres rentrent, quant au fond, dans les règles du droit commun. Il en existe deux classes : la loi de 1881 a indiqué la première, la seconde est une création de la jurisprudence. Les propos soumis au droit commun par la loi de 1881 elle-même, sont ceux qui contiennent des faits diffamatoires étrangers à la cause. Ils ne bénéficient d'aucune immunité quant à l'existence du délit de diffamation et sont, de ce chef, susceptibles de faire encourir à leur auteur les sanctions ordinaires.

Nous avons vu, d'autre part, que la jurisprudence permet aux tribunaux d'appliquer ces sanctions à une seconde classe de discours injurieux, outrageants ou diffamatoires. On peut différer d'opinion sur la cause et les limites de cette exception à l'immunité, la rattacher aux règles spéciales des délits d'audience, ou y voir, comme nous, une application de cette idée que, la loi, protégeant seulement la défense, n'accorde pas ses faveurs aux discours qui n'en font pas partie, mais on ne peut contester ni son existence, ni son utilité. Les propos de cette nature, qui, bien que tenus en justice par les parties, ne bénéficient pas des immunités de l'article 41, contribuent donc, avec ceux contenant des diffamations étrangères à la cause, à former une seconde catégorie dans la matière que nous étudions et, pour caractériser d'un mot les paroles que cette catégorie renferme, on peut les classer sous le nom de « délits », par opposition à celles précédemment indiquées comme constituant l'exercice d'un « droit ».

c) Il ne reste plus, pour avoir une idée d'ensemble du sujet, qu'à définir une dernière espèce de discours, située, pour ainsi dire, entre les deux catégories précédentes ; ce ne sont pas des délits, car ils ne peuvent jamais encourir les sanctions pénales ordinaires ; jamais les expressions outrageantes, injurieuses ou diffamatoires qu'ils contiennent ne constituent les délits d'outrage, d'injure ou de diffamation ; ils bénéficient en effet de l'immunité écrite dans le paragraphe 3 de l'article 41. Cependant,

comme ils excèdent les bornes d'une juste défense, il deviennent une « faute » et encourent les sanctions spéciales comminées par l'alinéa 4 du même article.

Dans cette catégories des fautes, nous ferons rentrer tous les outrages ou injures quelconques ainsi que les diffamations non étrangères à la cause, pourvu que les uns et les autres, proférés pour la défense, en dépassent les limites légitimes.

Critérium des diverses classes. — De cette définition, il ressort, au premier abord, que la ligne de démarcation entre la classe des fautes, ainsi entendues, et celle des délits, est assez nette, car elle dépend seulement de la question de savoir si les expressions critiquées font ou non partie de la défense et, dans l'affirmative, s'agissant de diffamations, si elles sont ou non étrangères à la cause.

Il n'en est plus de même lorsqu'il faut délimiter les fautes d'avec les discours qui constituent l'exercice normal du droit de la défense. Déterminer l'étendue de ce droit est extrêmement délicat. Il y a là un sujet de lutttes sans cesse renouvelées entre les barreaux et les parquets, une question grosse de conséquences pratiques ; reste-t-on, en effet, en deçà de ses limites, c'est l'immunité assurée à toutes les imputations, quelque caractère outrageant, injurieux ou diffamatoire qu'elles puissent d'ailleurs présenter. Au delà au contraire, c'est la possibilité d'une répression, qui, sans être proprement pénale, il est vrai, peut néanmoins aller jusqu'à plusieurs mois de sus-

pension et à l'allocation de dommages-intérêts d'un chiffre illimité.

Pour arriver à la solution de cette difficulté, la loi n'offre que des matériaux bien rudimentaires ; l'article 41 n'en dit rien. A côté de dispositions très spéciales et très incomplètes, telles l'article 43 de l'ordonnance du 22 novembre 1822 (1), on ne trouve guère, comme texte général, que les articles 311 et 319 du Code d'instruction criminelle. Et encore ces articles se bornent-ils à formuler la règle de la liberté de la défense en des termes si vagues qu'ils laissent le champ libre à toutes les controverses.

Aussi, bien que tout le monde soit d'accord pour affirmer en principe la liberté des droits de la défense et son immunité (2), l'application de ce principe prête à de nombreuses discussions. C'est surtout une question de fait et d'espèces dont la solution dépend beaucoup de l'état d'esprit d'une époque, ainsi que de la force et du talent des adversaires en présence. Qu'un Dupin ou un Chaix-d'Est-ANGE, soit à la barre, et l'on voit la limite des droits de la défense, par l'effet de l'éloquence et de l'influence de l'orateur, s'étendre démesurément. Mais que ces mêmes hommes, ayant quitté le barreau, occupent à leur tour le siège du ministère public et c'est eux qui combattent aujourd'hui les prérogatives qu'ils défen-

1. Sur la profession d'avocat : V. *infra*, p. 161.

2. On lit dans un arrêt de la Cour de cass. du 23 août 1848, D. 48. I. 175 : « la défense est le droit naturel et si son principe est écrit dans la loi positive, c'est moins dans le but de le créer que de le déclarer ». *Sic* : Le Poittevin, p. 429, t. 1.

daient hier et les ramèneront à des proportions plus modestes.

On dira peut-être qu'il y a là une question d'application qui laisse intacte l'étendue théorique du droit. Ce ne serait pas tout à fait exact, car, répétons-le, on se trouve sur un terrain où la loi a laissé le champ libre à la jurisprudence et où celle-ci n'a même pas affirmé des règles fixes ; ses décisions sont variables et, surtout en ce qui concerne les droits respectifs du ministère public et de la défense, il est difficile d'en déduire une théorie bien arrêtée. Ici, en effet, suivant le plus ou moins de force des parties en lutte, la balance penchera toujours d'un côté ou de l'autre et l'édifice construit par la théorie, paraîtra trop large ou trop étroit suivant qu'on le considérera du siège du ministère public ou du banc de la défense.

Nous allons cependant essayer de tracer d'après la doctrine des arrêts et celle des auteurs, une ligne de démarcation qui puisse servir de critérium général pour reconnaître où s'arrêtent les droits de la défense et, par conséquent, l'immunité totale qui la garantit.

Mais, avant d'entreprendre cette tâche, jetons d'abord un coup d'œil sur la partie de notre sujet étrangère à cette difficile question. c'est-à-dire sur les discours que nous avons rangés plus haut dans la classe des délits.

CHAPITRE II

Les délits

Les discours prononcés devant les tribunaux par les parties ou leurs défenseurs et qui sont susceptibles d'encourir les sanctions pénales et civiles ordinaires de l'injure, de l'outrage et de la diffamation, sont, nous l'avons dit, de deux sortes :

SECTION PREMIÈRE

Faits diffamatoires étrangers à la cause

Rentrent tout d'abord dans cette catégorie, aux termes de l'alinéa 5 de l'article 41, ceux qui renferment des faits diffamatoires étrangers à la cause. Ceci implique trois conditions :

a) PREMIÈRE CONDITION. — **Faire partie de la défense.** — Le propos incriminé doit faire partie de la défense ; s'il en était autrement, il ne bénéficierait d'aucune des dispositions de l'article 41, pas même du privilège de compétence consacré par le paragraphe 5.

b) DEUXIÈME CONDITION. — **Etre inutile à la justification des conclusions des parties.**

— Il faut ensuite qu'il soit « étranger à la cause ».

Les discours relatifs à la cause sont « tous ceux qui signalent des faits ou renferment des arguments tendant à justifier les conclusions de la partie qui les invoque » (1). Nous définirons donc, *a contrario* les imputations ou allégations étrangères à la cause ; celles qui sont inutiles à la justification des conclusions des parties, ou qui, par un abus manifeste du droit de défense, introduisent dans le débat des éléments étrangers à l'objet du procès pendant (2).

Il y a là évidemment un point de fait, très délicat à élucider, car on pourrait dire que toutes les imputations tendant à diminuer le degré d'estime que les juges peuvent avoir pour l'une des parties ne sont pas sans influence sur la solution du litige (3), et l'on aperçoit immédiatement à quels excès une pareille manière de voir peut conduire.

C'est pourtant celle de la loi, qui la manifeste très nettement dans l'article 319 du Code d'instruction criminelle ; ce texte, lorsqu'il s'agit de discuter un témoignage, autorise l'accusé et son conseil à dire non seulement contre ce témoignage, mais aussi contre le témoin lui-même, tout ce qui peut être utile à la défense.

Il est vrai que si la valeur du témoignage est intimement liée à celle du témoin, le lien est beaucoup moins étroit entre les qualités personnelles de la par-

1. D. R. v^o pr. out., n^o 1194.

2. Barbier, n^o 802.

3. D. R. v^o pr. out., n^o 1216.

tie et le bien-fondé de sa demande, mais il n'en est pas moins susceptible d'exister. Il y aura là une question d'appréciation, variable avec chaque espèce et que les juges du fait trancheront souverainement (1).

TROISIÈME CONDITION. — **Constituer le délit de diffamation.** — Ajoutons enfin, pour que des sanctions soient encourues, une condition que nous indiquons la dernière dans son ordre d'importance à notre point de vue, mais qui devrait peut-être être placée la première dans l'ordre logique, c'est l'existence des éléments constitutifs du délit de diffamation.

La loi a pensé que l'injure, souvent moins grave que la diffamation, pouvait s'excuser par la chaleur de la discussion, et que les juges de l'audience étaient, à l'exclusion de tous autres, qualifiés pour en apprécier la portée et en mesurer la répression. Si elle fait partie de la défense, l'injure ne constitue donc pas un délit proprement dit et échappe toujours aux règles du droit commun, auxquelles seule la diffamation est soumise, quand elle réunit les trois caractères que nous venons d'indiquer.

SECTION II

Propos étrangers à la défense.

Le second groupe de discours prononcés en justice par les parties et néanmoins susceptibles d'être

1. Cass., 7 mars 1863, D. 63.1.577; Cass., 4 mai 1865, D. 65.1 247.

punis comme délits, tire son existence non plus des termes de la loi, mais de son interprétation. Ses limites varient théoriquement suivant la cause juridique qu'on lui assigne.

a) Système de Barbier. — Si on accepte le système de Barbier, on y rangera, à raison de leur forme violente ou excessive, tous les discours outrageants (au sens large) qui tombent sous le coup des articles 505 et 181 comme délits d'audience.

Nous avons dit pourquoi nous ne pouvions adopter cette manière de voir ; notons de plus qu'elle a l'inconvénient de laisser les faits envisagés sans répression devant les juridictions auxquelles les articles 181 et 505 sont inapplicables, notamment les juridictions administratives (1). Ce résultat est d'autant plus choquant à l'égard des conseils de Préfecture, que la loi de 1889, en prévoyant la réserve de l'action disciplinaire et de l'action civile, n'a pas autorisé celle de l'action publique ; or, rappelons-nous que suivant Barbier, l'article 41 reste en vigueur, en même temps que les articles 505 et 181 pour interdire toute action ultérieure. Supposons donc, qu'une partie outrage à l'audience le président d'un conseil de Préfecture, elle demeurera impunie. L'article 41, auquel la loi de 1889 n'apporte pour ce cas aucune dérogation, s'oppose en effet à ce qu'une action séparée soit intentée devant les juridictions répressives, et les articles 505 et 181 sont inappli-

1. Barbier, n° 698.

cables à raison de la nature du tribunal saisi. Ainsi le délit, dont la répression présente surtout de l'intérêt et s'impose même avec la force de la nécessité, restera sans aucune sanction sérieuse (1).

b) Système de la protection de la défense.

— On évite cette anomalie avec le système qui écarte entièrement l'application de l'article 41 au cas où les discours incriminés, pour lesquels on ne s'attache plus à un critérium purement formel, doivent être considérés comme ne faisant pas partie de la défense ; toutes les actions de droit commun, tant pénales que civiles, immédiates ou ultérieures, sont ouvertes sans aucune restriction.

Cette conséquence de notre point de vue amène cependant, il faut le reconnaître, un résultat qui, au premier abord, va paraître contraire à la lettre de la loi. L'alinéa 5 de l'article 41 subordonne l'action de la partie victime d'une diffamation « étrangère à la cause » à la nécessité de réserves accordées par le tribunal saisi. Le qualificatif « étrangères à la cause » paraît suffisamment large pour comprendre toutes les diffamations ne servant pas à justifier les conclusions des plaideurs, sans distinguer entre celles qui font ou ne font pas partie de la défense. Or cette distinction, non écrite dans la loi, notre système va l'introduire en soustrayant cette seconde classe de diffamations à la nécessité d'une réserve puisqu'ici il repousse complètement l'application de l'article 41.

1. Nous disons aucune sanction « sérieuse », car les articles 504 et 509 resteront applicables.

Cette inélégance, cependant, est plus apparente que réelle ; tout le monde, en effet, est à peu près d'accord pour reconnaître que l'article 41 ne vise pas tous les discours tenus devant les tribunaux ; les uns en écartent ceux qui n'émanent pas des plaideurs ; les autres en exceptent les interruptions ou interpellations violentes, sous le prétexte qu'elles ne sont pas des discours ; nous les écartons comme ne rentrant pas dans la défense, et nous y joignons les autres propos qui manifestement n'en font point non plus partie. Y a-t-il là, pour satisfaire aux nécessités de la pratique, plus d'arbitraire que dans les autres systèmes ? Nous ne le croyons pas. Et celui-ci, a au moins, la supériorité d'être conséquent avec lui-même en écartant totalement l'article 41, ou en l'appliquant tout entier, seule manière de faire, logiquement acceptable (1).

Reste à déterminer quand un discours fera partie de la défense. Nous avons vu plus haut ce qu'il fallait entendre par « étrangère à la cause » en matière de diffamation. Il y aura lieu évidemment d'exiger quelque chose de plus pour qu'un propos soit réputé « étranger à la défense », sans quoi les deux caté-

1. En fait, ce système sera surtout intéressant lorsque les tribunaux auront appliqué les art. 181 et 505, et que la partie lésée voudra ensuite agir au civil. Nous admettons dans ce cas la possibilité d'une action sans réserves préalables. Ce cas est le seul susceptible de réalisation, car il est pratiquement certain que, si le tribunal saisi avait laissé passer l'incident sans le relever, le tribunal devant lequel on porterait ultérieurement une action soit civile, soit publique, n'admettrait jamais que le propos relevé était étranger à la défense.

gories que nous venons d'étudier se confondraient parfois en une seule. Ce serait contraire à la logique, car les injures et outrages, traités avec plus d'indulgence par la loi de 1881, se verraient réduits à une situation plus dure que les diffamations. Ils pourraient toujours donner lieu sans conditions à une poursuite séparée, tandis que la nécessité de réserves subsisterait dans certains cas pour l'action en diffamation.

Disons d'une manière générale, qu'un propos sera étranger à la défense lorsqu'il ne s'y rattachera par aucun lien de causalité. Il appartiendra encore ici au tribunal d'apprécier souverainement l'existence ou l'absence de ce lien. Le plus souvent la forme extérieure du discours lui servira de critérium, et c'est par là que nous nous rapprochons en pratique, de la théorie de Barbier.

A-t-on affaire à une véritable plaidoirie, ou tout au moins à des explications méthodiques et coordonnées, elles forment, en principe, la défense, et la seule question qu'il y ait alors à se poser, est celle de l'utilité des paroles incriminées.

Se trouve-t-on, au contraire, en présence d'interpellations, d'interruptions violentes, la règle est renversée, ces manifestations anormales ne sont pas censées constituer la défense et en conséquence ne bénéficient pas de l'immunité (1).

1. Cass., 30 avril 1842, précité; Cass. Belgique, 2 juin 1887 (*Pasicrisie belge*, 1887, p. 283).

Mais il n'y a dans ces deux propositions, que des présomptions souffrant la preuve contraire.

Si dans le discours méthodique, l'outrage se produit d'une manière qui fasse nettement reconnaître qu'il est étranger à la défense et n'a pour but, même apparent, que d'offenser, le tribunal le punira très juridiquement comme un délit. De même si la plaidoirie se poursuit malgré la défense du président, ou pourra considérer que la présomption est détruite. A l'inverse, si une interruption, même brutale, est visiblement dictée par les besoins de la défense, elle jouira de ses prérogatives et sera à l'abri des répressions pénales (1).

En résumé, les tribunaux auront à décider dans chaque espèce, d'après les éléments de la cause, s'i's sont en face d'un propos étranger ou non à la défense, comme il leur appartient de dire si un fait diffamatoire articulé est ou n'est pas relatif à la cause.

1. De Grattier, t. I. p. 233; Barbier, n° 785; Carpentier, rep. v° diff., n° 1593.

CHAPITRE III

Faute et droit. Étendue des droits de la défense

Parmi les discours qu'il nous reste à étudier et qui présentent tous le trait commun de ne jamais pouvoir donner lieu à une sanction pénale proprement dite, les uns seront toutefois susceptibles d'encourir les répressions *sui generis* du paragraphe 4 de l'article 41 tandis que les autres, n'excédant pas les bornes du droit de la défense, jouiront d'une immunité totale. Comment les répartir entre ces deux catégories? C'est la question classique de l'étendue des droits de la défense; nous allons l'examiner en nous limitant, à l'exemple de la loi de 1881, aux discours injurieux, outrageants ou diffamatoires.

1° **Quasi-délits et délits autres que l'injure, l'outrage et la diffamation.** — Les lois de presse n'ont, en effet, édicté de règles spéciales que pour ces délits. Disons cependant un mot, en passant, des propos présentant soit les caractères d'un délit autre que ceux ci-dessus énumérés, soit ceux d'un simple quasi délit civil? En principe le droit commun leur

sera applicable. Les auteurs l'enseignent (1) et la jurisprudence l'a proclamé à plusieurs reprises, notamment en matière de dénonciation calomnieuse (2), de cris séditieux (3), d'usage de faux (4), et d'outrage (5). Nous verrons plus loin cependant que les auteurs du barreau soutiennent une thèse beaucoup plus hardie, d'après laquelle la liberté de la défense serait absolue et permettrait de dire tout ce qui est utile au succès de la cause (6). La loi de 1881, en faisant rentrer l'outrage dans les prévisions de son article 41, a d'ailleurs supprimé une des causes les plus importantes de la controverse.

De ce que la loi n'a rien dit, il ne s'ensuit pas pourtant que, dès qu'un délit ou quasi-délit quelconque se produit au cours de la défense, son auteur doive nécessairement encourir des sanctions pénales ou civiles. En matière civile, en vertu de l'article 1382, pas de condamnation en l'absence de faute, or pas de faute si le plaideur est dans les limites de son

1. Carpentier : rep. v^o diff., 1350; De Grattier, t. 1, p. 251; Barbier, n^o 788.

2. Cass., 26 février 1839, S. 39. 1. 697; Cass., 1^{er} mars 1860, S. 60, 1. 768; Rousset, 2403.

3. Paris, 18 août 1849, précité.

4. Bruxelles, 2 décembre 1871 (*Belgique judic.*, 72, p. 79); Bruxelles, 30 janvier 1879 (*Pasicrisie belge*, p. 157; Rennes, 22 janvier 1874, S. 81. 2. 163; V. toutefois en sens contraire les décisions citées, *infra*, note 6).

5. Cass., 7 août 1868; Cass., 27 février 1832 (D. rép. V. press. out., 1433).

6. En ce sens, en matière de faux : Bruxelles, 15 février 1832 et Cass., Belgique, 8 avril 1872 (*Pasicrisie belge*, t. 1, p. 242). Bruxelles, 18 novembre 1875 (*Pas. belge*, 76, p. 12); Bruxelles, 19 avril 1886 (*Pas. belge*, p. 263).

droit de défense, *qui suo jure utitur neminem lædit*.

En matière pénale, c'est la question d'intention qui se posera. Les juges, pour la résoudre n'auront plus à s'incliner devant les présomptions de la loi, mais ils se trouveront en présence d'une présomption de fait que nous avons eu déjà l'occasion de signaler. Pas d'intention coupable là où il n'y a que l'exercice d'un droit.

On devra aussi prendre en considération la chaleur des débats. « Il faut compter, disait M^e Falateuf à la conférence des avocats, le 26 décembre 1882, avec les impressions quelquefois si vives de l'audience, les entraînements de certaines natures, et il n'est pas impossible que parfois l'excès se produise. »

Cette manière de voir s'affirme nettement dans la jurisprudence. La Cour de Paris, le 16 avril 1870, a décidé que « les faits énoncés par un avocat dans sa plaidoirie contre un tiers intervenant au procès, qui les a considérés comme portant atteinte à son honneur, sont couverts par l'immunité du barreau, lorsque ces allégations ont été rétractées dans une plaidoirie en réplique » (1).

Et la Cour de cassation l'avait proclamé plus nettement encore en 1832, dans la célèbre affaire Raspail (2) ;

« Attendu dit l'arrêt, que le procès-verbal des débats constate que Raspail, Thouret, Blanqui et Bonias ont été mis à portée de rétracter les paroles

1. S. 71. 2. 169.

2. Cass., 27 février 1832, précité.

par eux prononcées à l'occasion de leur défense et qui ont été incriminées par le ministère public, et, *qu'au lieu d'attribuer ces paroles à la chaleur de la défense, les prévenus y ont persisté;... qu'ainsi le droit de la défense n'a pas été méconnu.* »

Cette dernière décision est particulièrement intéressante, car la Cour suprême y affirme bien la nécessité pour le juge de s'assurer de l'existence de l'*animus injuriandi* avant de prononcer une condamnation, à peine de violer les droits de la défense.

On voit donc que si la loi de presse n'a parlé que des délits d'injure, d'outrage et de diffamation, les plus fréquents, à la vérité, la défense trouve dans les principes du droit commun, une protection sinon absolue, du moins très sérieuse, contre les actions de toute nature dont elle pourrait être l'objet.

2° Diverses catégories de propos offensants.

--- A s'en tenir aux délits prévus par la loi de 1881 il est intéressant pour l'étude des droits de la défense de rappeler une distinction que nous avons eu l'occasion de signaler plus haut à propos du délit d'injure (1). En théorie, (2) les délits d'outrage (au sens large) se divisent en deux catégories, les uns se bornent à de simples qualifications injurieuses, généralement grossières, dépourvues d'un but de critique ou d'appréciation précis : cochon, voyou, rebut de l'humanité, etc... Les autres comprennent toutes les

1. *Supra*, p. 39 et 40.

2. Nous disons « en théorie », car en pratique les deux catégories se trouvent souvent réunies.

expressions qui, sous forme violente ou correcte, manifestent une intention outrageante. Cette intention ne s'identifie plus ici, comme précédemment avec une formule quelconque, mais existe indépendamment de toute formule donnée et consiste en une critique ou une appréciation de la manière d'être ou d'agir de la personne visée. Ce second groupe englobe, avec les diffamations, à peu près tout ce que la loi de 1819 appelait « les injures impliquant l'existence d'un vice déterminé ».

a) QUALIFICATIONS OUTRAGEANTES. — Il n'y a pas lieu de s'arrêter longtemps à l'étude des simples qualifications injurieuses, car leur importance théorique est minime et le dommage qu'elles causent, très restreint.

On peut dire qu'elles excèdent toujours les droits de la défense (1). D'une part, en effet, elles sont implicitement prohibées par l'article 311 du Code d'instruction criminelle invitant « le président des Assises à avertir le conseil de l'accusé qu'il doit *s'exprimer avec décence et modération* ». D'autre part, elles ne peuvent jamais être considérées comme utiles à la cause, et couvertes comme telles.

Il y a lieu toutefois de tempérer, dans la pratique, la rigueur de ce principe par une double atténuation.

Ce que nous avons dit plus haut de l'excuse tirée de la chaleur des débats, et de la nécessité pour le juge de donner au plaideur la possibilité de se rétrac-

1: Grellet-Dumazeau, 884.

ter, quand il paraît que c'est involontairement qu'il s'est laissé aller à un écart de langage, trouve ici son application.

On devra aussi s'attacher aux habitudes des personnes et à leur condition sociale pour apprécier la portée des paroles prononcées. Suivant la réflexion très juste de Favart de Langlade (1), « les discours sont si sujets à interprétation, il y a tant de différence entre l'indiscrétion et la malice et si peu entre les expressions qu'elles emploient, qu'il est souvent difficile de les distinguer. Ce qui est grossièreté à l'égard d'une personne, peut être injure vis-à-vis de telle autre. Les circonstances, les lieux, les personnes doivent être scrupuleusement examinées pour déterminer le véritable caractère des discours ».

D'ailleurs il sera très rare de rencontrer un propos qui présente les caractères d'une simple grossièreté sans participer de ceux de la critique ou de l'imputation, de même qu'à l'inverse, les allégations injurieuses ou diffamatoires se produiront souvent sous une forme violente et excessive.

Nous allons, pour l'étude qui va suivre, supposer que les outrages de la seconde catégorie, auxquels nous arrivons maintenant, ne tirent leur caractère offensant que de la pensée qu'ils traduisent, et que l'*animus injuriandi* s'y manifeste dans les formes d'une discussion courtoise.

Nous supposerons aussi qu'ils émanent d'une

1. Répertoire, V. Injure, parag. 1, n° 1.

volonté consciente et réfléchie et que l'excitation de la discussion n'est pour rien dans leur production (1). Il s'agit pour nous en effet d'étudier en théorie, l'étendue d'un droit, sur lequel les contingences de l'audience doivent rester sans influence.

b) IMPUTATIONS OU ALLÉGATIONS OUTRAGEANTES. —

a) *Généralités. Principe d'utilité.* — Un principe domine tout ce sujet, principe consacré par la loi et proclamé par l'unanimité des auteurs et des arrêts, c'est que les parties ont le droit de dire *tout ce qui est utile à leur défense* (2). On peut en donner une formule plus compréhensive et, en même temps, plus précise, en disant que le plaideur est libre de discuter tous les éléments de la cause.

Principe de vérité. — Mais ce principe ne suffit pas à déterminer les limites des droits de la défense ; pour qu'un discours ne les excède pas, il faut qu'à cette première condition d'utilité vienne s'en ajouter une autre.

Nous avons vu en effet que, d'après l'alinéa 5 de l'article 41, les diffamations étrangères à la cause étaient les seules que la loi considérât comme un délit. Or, la jurisprudence traduit l'expression

1. S'il en était autrement, les règles précédemment dégagées s'appliqueraient encore, mais moins complètement, car une imputation, même faite à la légère et rétractée, peut causer un dommage sérieux, qui mérite réparation. V. au sujet de l'influence de la rétractation sur le caractère délictuel de la diffamation. Carpentier, Rep. V^o diff., n^o 329.

2. Art. 319, C. Inst. Crim. — Cass., 18 sept. 1824 (*Bull. crim.* n^o 116). V. Saillard, *Rôle de l'avocat au criminel*, p. 163.

« étrangère à la cause » par « inutile à la défense ».

Si la condition d'utilité était suffisante pour justifier entièrement les propos diffamatoires, il en résulterait qu'en matière de diffamation les trois classes de discours caractérisées plus haut par les expressions de « droit », « faute » et « délit » se réduiraient à deux par la disparition de la catégorie intermédiaire ; ou bien la diffamation, utile à la défense, serait absolument immunisée, comme n'en excédant pas les droits, ou bien, inutile à la justification des conclusions des parties, et partant étrangère à la cause, elle constituerait un délit proprement dit. Ce serait donc à tort que l'alinéa 4 de l'article 41 aurait énuméré les propos diffamatoires à côté des discours injurieux ou outrageants comme pouvant, quoique couverts par l'immunité de l'alinéa 3, faire l'objet des sanctions qu'il édicte.

Or, il n'en est rien ; un propos diffamatoire pourra être utile à la défense et néanmoins dépasser la limite de ses droits. Supposons qu'un individu traduit en Cour d'assises n'ait contre lui que la déposition d'un seul témoin, déposition assez accablante pour le perdre sûrement si le jury la croit véridique ; sachant d'ailleurs que ce témoin est un fort honnête homme, il lui impute une action de nature à détruire la confiance qu'on peut avoir en lui. Voilà une diffamation qui est certainement utile à la défense et comme telle, non étrangère à la cause. L'accusé en s'y livrant n'aura-t-il pas excédé ses droits et sera-t-il absolument couvert par le principe que tout ce

qui est utile à la défense est permis? Le prétendre serait donner libre cours à la mauvaise foi et lui permettre de se cacher derrière une institution qui n'est pas faite pour lui assurer l'impunité.

L'allégation ainsi proférée sera bien à l'abri des peines de la diffamation, mais elle pourra donner lieu aux sanctions spéciales de l'alinéa 4 de l'article 41. Elle constituera une faute au sens que nous avons donné à ce mot. Pourquoi cela? Rappelons-nous les paroles de l'avocat général Portal (1) : « dans ce cas les faits injurieux, *dès qu'ils sont exempts de calomnie*, sont la cause même, bien loin d'en être les dehors et la partie qui s'en plaint doit plutôt accuser le dérèglement de sa conduite que l'indiscrétion de son adversaire ou de son avocat. »

« Dès qu'ils sont exempts de calomnie », voilà qui fournit l'explication cherchée. On permet au plaideur de dire tout ce qui joint au caractère d'utilité celui de vérité. Il a le droit absolu de se défendre, mais pas celui de mentir. Tout au plus peut-on dire que s'il le fait, il n'en courra pas les peines ordinaires de la diffamation, mais seulement des sanctions disciplinaires ou civiles ; l'indulgence de la loi s'arrête là, elle ne va pas jusqu'à justifier la calomnie par le but qui l'a fait proférer. Le mensonge, même utile, n'est pas un délit; mais il reste une faute ; seule la vérité

1. V. *Supra*, p. 16.

est à l'abri de toute sanction, la calomnie est toujours punissable (1).

Maintenant, si l'on suppose que le fait avancé par la partie qui le croit vrai, soit faux, il y aura une question de bonne foi à trancher. Le juge devra peser dans chaque cas particulier, la valeur des circonstances qui ont pu occasionner l'imputation et tromper le plaideur sur son exactitude (2). Il appréciera souverainement la gravité de la faute qui a été ainsi commise, et son jugement échappera de ce chef au contrôle de la Cour de cassation (3). C'est encore là une question d'espèce, pour la solution de laquelle il est difficile de poser des règles générales. On peut dire cependant que, lorsqu'il s'agira de condamner à des dommages-intérêts, les juges devront relever la faute la plus légère ; il semble, au contraire que les répressions disciplinaires ne soient justifiées qu'en face d'une faute bien caractérisée.

Quoi qu'il en soit de ces difficultés d'application, nous pouvons poser, comme critérium de l'étendue des droits de la défense, la double règle de l'utilité et de la vérité.

b) *Application.* — Il nous reste maintenant à préciser les diverses modifications que ces principes généraux comportent suivant que change l'objet des allégations ou imputations envisagées.

1. V. Paris, 14 déc. 1911 (*Gaz. Pal.*, 1912.1.60).

2. V. Paris, 16 avril 1870, D. 70.2.121.

3. Carpentier, Rep. v^o défense, n^o 336 ; Cass., 23 avril 1875 D. 75.1.441 ; Cassation belge, 22 juin 1885 (*Pasicrisie belge*, 1885, p. 253).

I. — *Vis-à-vis des adversaires.* — Celles qui s'adressent à l'adversaire sont absolument couvertes moyennant les deux conditions ci-dessus spécifiées.

Leur utilité existera toujours si elles touchent aux éléments mêmes de la cause ; lorsqu'elles ne s'y rapportent pas directement, mais s'attaquent seulement à la personne de l'autre partie, il appartiendra au juge de décider si elles sont de nature à faciliter la solution du litige en cours, en les éclairant sur la moralité et les intentions des plaideurs (1).

Quant à la vérité de l'allégation, on voit la jurisprudence s'en préoccuper constamment avant de prononcer une sanction.

Notons d'ailleurs que les diffamations dirigées contre un adversaire sont celles où il y a lieu de se montrer le plus exigeant en ce qui concerne l'existence d'une faute chez l'auteur de l'allégation. La partie ou son défenseur ont-ils eu de justes motifs d'erreur, ils doivent demeurer indemnes, car on ne peut leur demander de rejeter du débat des arguments qui leur paraissent fondés.

2° *Envers les tiers.* — Le cas n'est plus le même quand l'imputation vise, non plus une des parties, mais des tiers (2). Ceux-ci ne doivent pas souffrir

1. V. *Supra*, p. 120 et 121 et D. Rep., v° press. out., n° 1216, précité; V. aussi *Pandectes Belges*, v° Défense-Défenseur, n° 114 et tal. cor. de Termonde, 6 mai 1885 (*Journal des Tribunaux belges*, p. 1238).

2. Nous avons vu plus haut, p. 101, que pour M. Fabreguettes l'immunité de la défense ne paraît exister qu'entre les parties. Dans le même sens : *Pand. belges*, v° Délit d'audience, n° 133 et suivants.

d'une situation à laquelle ils sont étrangers, et qu'ils n'ont rien fait pour créer. Il faudra donc apprécier avec une particulière sévérité, et l'utilité et la vérité des faits imputés. Il ne sera pas loisible aux plaideurs de mêler sans nécessité aux débats des personnes étrangères, et, s'il le font, ce sera à leurs risques et périls, toute faute, toute erreur de leur part devant mettre en jeu leur responsabilité, quand elle cause un dommage aux tiers ainsi visés (1).

3° *Envers les témoins.* — Il est cependant une catégorie de tiers envers lesquels la loi elle-même a pris soin d'accorder aux parties les droits les plus étendus, ce sont les témoins. Nous avons vu que l'article 319 du Code d'instruction criminelle permet à l'accusé et à son conseil de « questionner le témoin par l'organe du président, après sa déposition et de dire tant contre lui que contre son témoignage, tout ce qui pourra être utile à la défense. » Le Code du 3 brumaire an IV était encore plus large, car il autorisait l'accusé à poser directement les questions et, surtout, il le constituait juge de l'utilité de ces questions et des observations qu'il lui plaisait de faire (2). Ce droit aujourd'hui appartient au président des assises et, en cas de difficulté, à la Cour qui est souveraine pour décider si une question est utile à

1. En ce sens : *Pand. belges*, v° calomnie, n° 62 ; V. aussi Sallard, *op. cit.*, p. 188.

2. Art. 353. « L'accusé, peut par lui-même ou par ses conseils questionner le témoin et dire tant contre lui personnellement, que contre son témoignage tout ce qu'il juge utile à sa défense. »

la défense (1). Notons que si la loi a prévu et réglé seulement le cas de l'accusé traduit devant la Cour d'assises, sa décision est de portée générale et s'applique à toutes les juridictions civiles et pénales, que la partie y joue le rôle de demandeur ou de défendeur. Les raisons de décider sont les mêmes dans tous les cas. Cependant, la jurisprudence ayant surtout eu à statuer en matière criminelle, c'est cette hypothèse qu'avec la loi, nous envisagerons pour la commodité de la discussion, et, dans le même but, nous assimilerons les questions posées aux témoins aux imputations qui leurs sont adressées.

UTILITÉ. — Au point de vue de l'utilité, on retrouve la dualité précédemment signalée : Point de difficulté si le fait diffamatoire se rapporte à la cause même, « au témoignage » dit l'article 319. C'est en ce sens que la Cour de cassation a décidé que « si les questions ou interpellations que l'accusé veut faire aux témoins à décharge visent les faits de l'accusation, et tendent à établir son innocence, la Cour d'assises ne peut, sans restreindre le droit sacré de la défense, refuser de les adresser quoiqu'elles soient de nature à compromettre les témoins à charge » (2). Mais si, au contraire, l'imputation a trait à la person-

1. Carpentier, rep. v^o Cour d'assises, n^o 2401 et les arrêts qu'il cite; Cass., 24 déc. 1875, S. 76. 1. 483; Cass., 3 déc. 1836, S. 38. 1. 82; V. cependant l'arrêt cité à la note suivante.

2. Cass., 18 sept. 1824 (Carpentier, rep., v^o C. d'assises, n^o 2410, 2411); Chauveau et Hélie, *C. pen.*, t. IV, p. 415; Carnot, *Inst. crim.*, t. II, p. 501, n^o 10 (Prévenu qui incrimine l'intention d'un témoin); Tr. civ. Charleroi, 19 mars 1887; Tr. civ. Louvain, 22 janv. 1887 (*Pand. belges* : v^o défense-défenseur, n^o 115).

nalité du témoin, la question n'est plus aussi simple. En pure théorie, la valeur du témoignage, étant intimement liée à celle du témoin, il devrait appartenir au plaideur de révéler ou de chercher à faire apparaître tous les faits susceptibles de mettre en lumière les qualités, la moralité, la capacité de ce témoin, et par là d'influer sur l'opinion du juge. L'individu qui dépose aujourd'hui a-t-il été précédemment condamné pour faux témoignage ? Est-ce même simplement un homme besoigneux et vivant notoirement d'expédients ? Voilà des faits, peut-être sans aucun lien avec le procès actuel, mais qui néanmoins pourront singulièrement influencer sur son issue en détruisant l'impression causée par la déposition.

Cependant, en pratique, on constate que la jurisprudence n'applique pas exactement ces principes, et n'admet pas volontiers qu'une question ou allégation relative à la moralité du témoin soit utile à la défense, quand il s'agit de faits étrangers aux débats (1).

VÉRITÉ. — En ce qui concerne la vérité des faits allégués, remarquons que la loi elle-même y attache un caractère absolu (2), puisqu'elle ne punit la diffamation envers un témoin que si la vérité du fait diffamatoire n'est pas établie.

Mais il semble juste de décider, qu'en cas d'inexac-

1. Cass., 22 septembre 1827, S. 28. 1. 91; Limoges, 8 août 1888, D. 89. 2. 45.

2. Tout au moins lorsqu'ils sont relatifs à la déposition (art. 31 et 35 de la loi du 29 juillet 1881).

titude, la bonne foi de l'auteur de l'allégation doit être appréciée avec plus de rigueur ici que lorsque la personne visée est partie au procès. Il ne suffira pas aux plaideurs de se retrancher derrière une erreur involontaire pour dégager leur responsabilité. Ils devront y parvenir seulement en démontrant qu'ils avaient de bonnes raisons de croire vrai le fait allégué et n'ont, de ce chef, commis aucune faute.

4° *Envers les experts.* — Ce que nous venons de dire du témoin s'applique à l'expert, (1) bien que la jurisprudence ne le range pas parmi les personnes vis-à-vis desquelles la loi de 1881 punit seulement la calomnie (2). Cependant, le plus souvent, son rapport, les opinions qu'il y émet, pourront se discuter abstraction faite de sa personnalité et celle-ci devra rester en dehors du débat tant qu'une nécessité impérieuse n'obligera pas à l'y introduire. Nous voyons en cela apparaître le principe qui va dominer les rapports de la défense avec le ministère public, savoir, que si l'œuvre appartient à la discussion, son auteur ne doit jamais être mis en cause. Mais ici ce principe n'est pas aussi absolu et devant les nécessités de la défense, il disparaît pour laisser le champ libre à la discussion.

Toutefois, il ne faudra jamais oublier, comme le dit la Cour de cassation dans un arrêt du 9 mars

1. Saillard, p. 164 ; Rep. des *Pandectes*, v° avocat, n° 1033.

2. Carpentier, diff., 833, v° 837 ; Cass., 5 juin 1885, S. 85. 1. 280 ; Cass., 1^{er} juin 1893, S. 98. 1. 296 ; Paris, 21 avril 1898 ; Seine, 9 mars 1898 (*Gaz. Pal.*, 98. 1. 352).

1877, (1) « qu'un expert est un auxiliaire du magistrat dont il concourt à préparer les décisions, et qu'il remplit à ce titre un véritable ministère de service public ». Il participe donc au respect qui doit s'attacher à la justice. Et, si l'on peut tout dire, il ne faut s'y résoudre que lorsqu'il est impossible de faire autrement. En cette matière, plus encore qu'envers les témoins, le moindre excès, la moindre faute, engagera la responsabilité de son auteur.

5^o *Envers le ministère public.* — On a vu, jusqu'à présent, l'étendue des droits de la défense presque exclusivement déterminée par le double principe de l'utilité et de la vérité, sauf en ce qui concerne les experts ; la restriction partielle de la libre discussion, signalée à leur endroit, va prendre toute son importance dans les rapports de la défense, ou pour mieux dire du barreau, avec le ministère public.

Nous touchons ici à une question très délicate, car elle déborde les limites de la science du droit, pour empiéter sur celles de la politique, de l'histoire et même de la rhétorique. Elle se complique d'un élément qu'on ne peut négliger, c'est la proche parenté d'une des parties avec le juge chargé, en cas de conflit, de trancher le différend. La communauté d'origines et de fonctions, entre le magistrat qui représente le ministère public et celui qui siège au bureau de justice, incitera certainement ce dernier à favoriser l'un des adversaires qui, après tout, est

son collègue, contre celui que bien souvent tous deux envisageront presque comme un adversaire commun.

Il va falloir faire abstraction de cette considération de fait, pour rechercher le principe qui doit régler les relations à l'audience entre le barreau et les magistrats du parquet. Nous essaierons de dégager la solution théorique de ce problème, tout en donnant un aperçu des luttes qu'il a soulevées dans le courant du siècle dernier.

On se trouve sur ce sujet en présence de deux thèses opposées, celle du barreau et de la jurisprudence.

Thèse du barreau. — La thèse du barreau est exposée notamment dans une brochure (1) publiée en 1860, sous le coup de l'émotion produite par l'affaire Emile Olivier; cette brochure tire une grande valeur doctrinale du fait que Berryer, dans une préface mise en tête de l'ouvrage, donne, aux théories qui y sont développées, l'appui de son autorité.

On se souvient que, le 30 décembre 1859 Emile Ollivier, défendant devant la troisième chambre correctionnelle de la Seine le philosophe Vacherot, commença sa plaidoirie en ces termes : « Le ministère public a fait appel aux passions violentes, cela est mauvais, je le regrette ». Le président l'interrompt aussitôt en l'invitant à retirer ses paroles. L'avocat s'y refuse, déclarant n'avoir rien dit d'inconvenant

1. *Le Ministère public et le barreau, leurs droits et leurs rapports*, avec une introduction de M. Berryer. Lecoffre édi., 1860.

et n'avoir rien à rétracter. Le tribunal se retire et rapporte un jugement qui, « attendu que M. Ollivier s'est écarté du respect dû à la justice », prononce contre lui une suspension de trois mois.

Cet incident provoqua de nombreuses polémiques et amena le barreau à formuler nettement la thèse que nous étudions et qui se résume ainsi : la plus stricte égalité doit régner entre le ministère public et la défense ;

Les avocats sauront observer les convenances de forme, que les règles de l'ordre prescrivent d'ailleurs même entre confrères. « Mais cette courtoisie, cette décence de langage ne doivent point énerver le corps du discours, en trahir la pensée, en éteindre la chaleur ». « L'avocat a le droit de mettre en pièce le réquisitoire de son adversaire ». Pour cela il peut employer tous les moyens utiles ; non seulement la défense, mais aussi l'attaque lui sont ouvertes. « Le ministère public a le droit d'attaquer les actes, les paroles, les passions de la défense ; il est exposé à se voir l'objet des mêmes attaques ». « L'orateur qui, dans certaines affaires, croit devoir signaler les contradictions que présente le langage de son adversaire avec ses actes, ses paroles et ses écrits antérieurs, ne cède pas à un coupable sentiment de malignité. Il ne se propose pas d'affaiblir, en agissant ainsi, la considération personnelle de son contradicteur, il espère avec raison diminuer l'autorité de sa parole. »

Quels arguments allègue-t-on à l'appui de cette thèse ? Ce sont d'abord des raisons théoriques.

En premier lieu le traditionnel principe que tout ce qui est utile à la défense est licite. Puis, la communauté d'origine entre le ministère public et le barreau dont il ne diffère ni par sa nature, ni par ses fonctions à l'audience ; bien plus, la loi a montré, par toutes les dispositions du Code d'instruction criminelle, que, lorsqu'elle rompt l'égalité entre l'accusation et la défense, c'est toujours au profit de cette dernière.

Ce sont ensuite des exemples historiques :

C'est Bonnet, dans le procès de Moreau, apostrophant personnellement le Procureur général. « Ni vous ni moi, M. le Procureur général, n'avons dirigé les plans de campagne de l'an IV et de l'an V ; ni vous ni moi n'avons battu en tant de rencontres les ennemis de notre pays, ni vous ni moi... etc... (1)

C'est Dupin en 1820, répliquant à un réquisitoire de M. de Vatimesnil : « Messieurs, je vous ferai d'abord remarquer ce que vous avez sans doute observé vous-mêmes, que l'accusation a pris, dans la bouche du ministère public un caractère de virulence que j'absous de toute mauvaise intention, mais qui n'en contraste pas moins, d'une manière affligeante, avec l'impartialité et le sang-froid qu'exigent les fonctions d'accusateur. »

C'est Berville, en 1821, qui, défendant Paul-Louis Courier, répond en ces termes violents à l'avocat général de Broë : « L'accusation doit à l'excès même

1. Gaudry, *Hist. du barreau de Paris*, t. II, p. 455.

de son absurdité l'avantage de surprendre son adversaire et de le trouver désarmé. A défaut de la raison, qu'on ne peut convaincre, on cherche à soulever les passions. »

Il suffit de feuilleter les annales du barreau de ces époques troublées, où les luttes politiques avaient des échos jusque dans les prétoires, pour trouver d'autres exemples à ajouter à ceux que nous venons citer ; relevons-en encore un, rapporté par l'auteur de la brochure en question (1) et qui présente cet intérêt particulier d'envisager du point de vue adverse le conflit que nous étudions.

« Un avocat, plaidant devant la Cour d'assises de la Seine, avait produit une impression profonde sur le jury par la lecture d'une lettre que sa cliente lui avait remise comme émanant d'elle. Peu de jours après, on s'aperçut que tout le monde avait été joué par l'accusée qui avait emprunté sa lettre à l'un des romans en vogue. A quelques temps de là, le même avocat plaidant une affaire fort grave devant une autre Cour d'assises, l'organe du ministère public, au commencement de son réquisitoire, sans connaître le système de la défense, crut pouvoir rappeler l'épisode de la lettre aux jurés, dans l'espérance, sans doute, que cette allusion réussirait à faire accueillir avec quelque défiance les moyens de défense. » « Nous ne pensons pas, ajoute l'auteur, que l'acte de ce magistrat ait été l'objet d'une censure de la part de

1. *Op. cit.*, p. 42.

son chef, ni de la moindre critique de ses collègues ; pourquoi l'avocat n'aurait-il pas la même latitude ? »

Souvent d'ailleurs, les tribunaux eux-mêmes ont considéré comme légitimes des attaques ne se limitant pas aux éléments matériels et immédiats du débat et qui, sous le réquisitoire ou la plaidoirie, visaient leur auteur.

En l'an XII, le procès de Moreau et de ses complices, avait irrité le pouvoir contre leurs défenseurs ; quelques années plus tard, l'un deux, Billecoq, défendait devant la Cour criminelle de Paris un sieur Tonniges, inculpé de faux ; après un débat des plus orageux, grâce aux continuelles interruptions du premier président Hémar, le Procureur général Legoux requit contre le défenseur les plus graves peines disciplinaires. Le réquisitoire, d'une extrême violence, relevait à la charge de l'avocat, notamment des apostrophes irrespectueuses envers le ministère public. Billecoq avait dit, en citant des textes romains : « J'emploie les armes qui sont familières à M. le Procureur général. » Et ensuite en rapportant des Arrêts du Parlement de Dijon : « Les arrêts du parlement de Dijon doivent être une autorité digne d'une grande confiance pour M. le Procureur général. Il nous a appris qu'il avait, auprès de cette Cour, exercé les fonctions d'avocat et il en aura, sans doute, rapporté, avec lui les bons principes et la saine jurisprudence. » La Cour, par arrêt du 11 août 1810, déclara qu'il n'y

I. Gaudry t. II, p. 460 et suiv.

avait lieu à statuer sur les réquisitions du ministère public. (1)

En 1829, devant la Cour d'assises de l'Allier, l'organe du ministère public se permet de dire : « l'avocat a avancé un fait faux. » L'avocat répond : « J'ai avancé le fait dont il s'agit comme une prétention de l'accusé, ce n'est donc point un mensonge et il me semble que M. l'avocat du Roi en me taxant de mensonge, a dépassé les limites de son droit, il a manqué à son devoir. » Le ministère public réclame l'application d'une peine disciplinaire ; la Cour, après en avoir délibéré, dit qu'il n'y a lieu de donner suite à son réquisitoire (2).

Ces deux Arrêts pourraient paraître motivés par des considérations d'espèce et, en conséquence, ne donner qu'une consécration très restreinte à la thèse de l'ancien barreau ; mais nous arrivons à une affaire où, bien qu'elle ait prononcé une sanction, la jurisprudence a paru affirmer implicitement les principes dominants de cette théorie. C'est la fameuse affaire Raspail (3). Dans ce procès, d'ordre purement politique, figuraient plusieurs avocats distingués, notamment Delangle, Michel (de Bourges) Pinard, et Dupont. Quelques différences ayant été relevées entre les documents de la cause et les énonciations de l'acte d'accusation, les défenseurs, surexcités par l'ambiance et par la chaleur du débat, prirent violemment à

1. *Le Ministère public et le barreau*, p. 65.

2. *Gaz. des Tribunaux*, 10 nov. 1829.

3. *Le Ministère public*, etc., p. 72.

parti le Procureur général Persil. Dupont s'écria : « Il y a eu falsification dans l'acte d'accusation », et Pinard, développant cette idée, alla jusqu'à dire : « C'est un acte de faussaire. Si la personne qui a signé l'acte d'accusation, si l'auteur de cet acte a eu l'honneur d'appartenir au barreau, s'il a longtemps exercé la noble profession d'avocat, s'il a été voué au ministère sacré de la défense, il doit savoir qu'une pareille conduite l'aurait fait rayer du tableau ». Réquisitions du ministère public ; tous les membres présents du barreau adhèrent aux paroles de leur confrère. La Cour joint l'incident au fond, passe outre aux débats qui se terminent par l'acquiescement des accusés. Puis on entend Delangle, qui présente la défense de ses confrères et conclut en ces termes : « Je n'admets pas, je n'admettrai jamais que le droit de la défense se borne à de timides réfutations et que si le besoin de la cause l'exige, l'avocat n'ait pas le droit d'attaquer ce qui lui semble blâmable. Le ministère de l'avocat réduit aux proportions qu'a indiquées M. l'avocat général, est un ministère de déception et de servilité. »

La Cour ne fit pas droit à ses conclusions, mais son arrêt, en prononçant des peines disciplinaires contre les avocats en cause, paraît donner une confirmation tacite aux prétentions du barreau. Il a soin, en effet, de relever la bonne foi du Procureur général et l'inexactitude de l'accusation proférée contre lui. A ce point de vue, on peut résumer l'arrêt de la manière suivante : « La Cour condamne parce

que les faits imputés au ministère public sont faux et que, leur fausseté étant manifeste, les avocats ont commis une faute en les articulant ». La thèse en question en tire cette conséquence : « Si les faits avaient été exacts, la Cour aurait absous. » Autrement dit, l'avocat a le droit, vis-à-vis du ministère public, comme d'un adversaire ordinaire, de dire toute la vérité, du moment qu'elle est utile à la cause.

Il paraît donc bien que, vers le milieu du xix^e siècle, l'opinion dominante était celle qu'exprimait, en rapportant l'incident précité des assises de l'Allier, *la Gazette des tribunaux* du 10 novembre 1829 : « En présence du jury, les avocats ne sont-ils pas les égaux du ministère public et y aurait-il témérité à taxer d'inconvenance le ton de supériorité et de réprimande que MM. les gens du roi s'arrogent quelquefois au milieu des débats juridiques, à l'encontre des défenseurs ? Si les uns représentent la société pour accuser, les autres la représentent pour défendre, et le ministère de ces derniers n'est pas moins sacré que celui des premiers. »

Thèse de la jurisprudence actuelle. — Mais, il faut le reconnaître, l'opinion a changé et la quasi-unanimité s'est faite sur une théorie beaucoup moins libérale. La jurisprudence l'adopte d'une manière constante. Nous avons déjà cité l'affaire Emile Ollivier (1), et nous n'y reviendrons pas, nous ne nous appesantirons pas non plus sur tous les exemples

1. Cass., 7 avril 1860, D. 60.1.146.

similaires offerts par la pratique judiciaire jusqu'au cas de M^e Viviani qui, commençant sa plaidoirie par ces mots : « Je considère cette poursuite comme injuste, étrange et arbitraire », se vit interrompre et, sur le maintien de sa phrase, condamner à un mois de suspension (1).

Aujourd'hui, on pose généralement en principe que, si la discussion est libre vis-à-vis du réquisitoire du ministère public, la personne de son représentant reste entièrement en dehors du débat. « L'avocat n'a pas le droit de juger ni de censurer sa conduite ; il doit se borner à répondre à ses arguments par les arguments contraires. (2) »

En admettant même, comme le fait la théorie adverse, l'égalité absolue de la défense et du ministère public, les conséquences qu'elle en tire sont inacceptables. Que l'une des parties puisse fouiller, sinon dans la vie privée de son adversaire, mais tout au moins dans ses actes et dans son passé pour en faire des arguments à l'appui de sa cause, c'est inadmissible. L'avocat général dont nous avons antérieurement rapporté la conduite, a, certainement, commis un acte incorrect et outrepassé ses droits, en allant chercher dans une affaire antérieure et absolument étrangère aux débats alors engagés, un moyen de déconsidérer personnellement son contradicteur.

1. Toulouse, 12 mai 1894, D. 94.2.278.

2. *Le Ministère public et le barreau*, p. 38.

Que l'on suppose deux avocats en présence, sera-t-il permis à l'un d'eux de s'efforcer d'abaisser son confrère dans l'esprit des juges, en rappelant ses fautes passées ? Incontestablement non. Écoutons Cresson (1) : « A l'audience ou dans ses écrits, un avocat n'abuse jamais de son esprit ; les personnalités, entre confrère surtout, sont une faute. Les actes et la personne du confrère ne doivent jamais être mêlés aux débats. Les dissentiments et les reproches ont des juges hors de l'audience ». Si ces règles sont de mise dans les rangs du barreau, à plus forte raison doivent-elles être observées dans les rapports entre avocats et ministère public.

En effet, sur un point encore, la théorie de l'ancien barreau n'est pas à l'abri de la critique. C'est quand elle affirme l'égalité absolue du ministère public et de la défense. Que cette égalité soit conforme aux vrais principes de la liberté de la défense, qu'elle paraisse répondre au vœu du législateur ; on ne peut le contester, mais on ne peut non plus méconnaître qu'elle n'existe pas dans notre organisation judiciaire actuelle. Si le ministère public se confond dans ses origines, avec le barreau, depuis longtemps il s'en est différencié. Son représentant est personnellement revêtu d'un caractère que ses fonctions aux audiences criminelles ne peuvent lui faire perdre. Magistrat comme les membres du Tribunal ou de la Cour, il participe au respect qui leur est dû,

1. T. II, p. 59, XIV.

qui est imposé à l'avocat par son serment et rappelé par l'article 311 du Code d'instruction criminelle.

C'est là un fait, que l'on peut déplorer, mais qu'il est impossible de nier sans fermer les yeux à l'évidence ; pour s'en convaincre, il suffit de supposer, comme dans le système romain des actions populaires, l'action publique exercée par le premier citoyen venu. Qui ne voit que dans cette hypothèse, l'allure et la liberté des débats seraient entièrement changées ?

Au demeurant, si la défense souffre un peu de cet état de choses, nous la verrons tout à l'heure supporter une bien autre restriction du fait de la quasi-omnipotence du magistrat qui préside la juridiction devant laquelle elle s'exerce. Qu'un premier président Hémar abuse de son autorité pour interrompre à chaque mot l'avocat plaidant, on ne trouvera pas toujours un Billecoq capable de lui répondre. « J'ai lu dans le Code pénal que la plus grande latitude appartient à l'accusé, que la plus grande latitude est donnée à la défense » (1) et de faire ainsi respecter ses droits. La subordination du barreau à la magistrature est à la base de nos institutions judiciaires, on peut dire plus, c'est une nécessité de tous les temps ; il serait puéril d'en contester et le principe et les conséquences.

Il faut cependant se garder d'un excès auquel on pourrait facilement se laisser aller en employant le

1. Gaudry, t. II, p. 458.

raisonnement suivant : l'œuvre est inséparable de son auteur, beaucoup des arguments produits contre le réquisitoire, vont frapper celui qui l'a prononcé, ils sont donc répréhensibles.

Avec cette manière de faire, ce ne serait plus des restrictions que subirait la liberté de la défense, mais une suppression presque complète.

La vérité, c'est que, dans ces matières, il y a d'abord une grande part de considérations d'ordre personnel ; la qualité des deux parties en présence est à envisager. Celle de représentant du ministère public agit un peu comme pourrait le faire, chez un avocat, le grand âge ou le talent ; elle donne droit à un plus haut degré de déférence ; mais ce n'est là, si l'on peut ainsi s'exprimer, qu'un élément de respectabilité entre ceux que son titulaire tire déjà de ses qualités personnelles. Et elle n'empêche pas qu'il ne faille tenir compte, pour rétablir l'équilibre, des mêmes facteurs de considération pouvant se trouver réunis chez l'avocat, dans lequel s'incarnent pour un moment les droits de la défense. Chercher à analyser ces droits en faisant abstraction de celui qui les exerce dans une espèce donnée, n'est qu'un leurre, car c'est séparer deux choses inséparables : la personnalité d'un individu et les rapports de déférence réciproque qui s'établissent entre cet individu et un adversaire spécifié. Si au banc de la défense se trouve un Berryer, un Lachaud, un Labori, sa haute valeur personnelle lui permettra des appréciations qui seraient déplacées dans la bouche d'un avocat

débutant, constitueraient même une faute. Et ainsi se trouve justifiée la fière réplique de Chaix-d'Est-Ange au procureur général de la Cour devant laquelle il plaidait : « Vous et moi nous plaignons, Monsieur, nous sommes égaux, au talent près (1). »

A côté de cette première considération, tirée de la qualité des parties en présence, il y en a une autre, qui lui tient de près, c'est la question de forme. « A « bon entendeur le demi-mot et au bon orateur le « mot tout entier ; on peut tout dire en sachant s'y « prendre », disait Dupin. Remarquons que, dans la plupart des exemples que l'on cite, les sévérités de la jurisprudence ont été motivées par la forme violente ou excessive des discours critiqués (2). Si Dupont et Pinard, dans l'affaire Raspail, s'étaient bornés à relever l'erreur viciant l'acte d'accusation si M. Viviani n'avait pas employé des expressions trop brutales pour qualifier la poursuite, il est fort probable que leurs plaidoiries n'auraient pas soulevé d'incident.

Il y a, dans toutes ces affaires des mots qui, même entre confrères, seraient contraires aux règles traditionnelles de correction et de modération du barreau (3). Comment s'étonner que, dans un cas où l'un des adversaires a, de par sa situation, droit au respect de l'autre, ainsi que pourrait l'avoir, par son

1. *Le Ministère public*, etc., p. 80.

2. Cass., 5 avril 1889 (*Pand. française*, 90. 1. 13).

3. Albert Liouville, p. 100. (*Rep. Pand.*, v^o avocat, n^o 1036 ; *Etablissements de Saint-Louis*, chap. XIV, reg. 13).

âge, l'un des doyens de l'ordre, de pareils procédés soient considérés comme des fautes de discipline, méritant une répression.

Résumons les modifications apportées aux principes de la discussion judiciaire par le fait que l'une des parties occupe le siège du ministère public : à part l'exigence d'une plus grande modération de formes, il ne suffira plus, pour immuniser les allégations ou imputations produites au cours de la défense, qu'elles soient utiles ou vraies, il faudra qu'elles combattent seulement les arguments du ministère public, abstraction faite de sa personne, de ses actes et de ses opinions, qui doivent rester absolument hors de cause (1).

D'ailleurs, même au moment des plus grandes luttes entre le ministère public et le barreau, cette règle a rarement été ouvertement méconnue. On la trouve proclamée dans une consultation de 1860, provoquée par l'affaire Ollivier, et signée du bâtonnier Plocque et des membres du Conseil de l'Ordre du barreau de Paris.

« Qu'on dise, y lit-on, que les discussions judiciaires ne doivent jamais dégénérer en disputes ; que dans ces luttes, engagées au nom de la vérité et du

1. Remarquons que la règle formulée ici est générale lorsqu'il s'agit de personnes qui ne participent aux débats judiciaires que comme porte-parole ; elle s'applique aussi bien aux avocats qu'aux magistrats. Si elle n'existe pas vis-à-vis des témoins, c'est parce que leur valeur personnelle se confond avec celle de leur témoignage et devient comme lui un élément du procès, soumis à la libre discussion.

droit, il est toujours bon que les personnes soient respectées, que le langage se montre constamment digne, élevé, poli, en cela nous sommes d'accord, cette loi d'ailleurs, c'est la loi du barreau.

« Qu'on dise encore que l'avocat n'a pas le droit de censurer le magistrat du ministère public, d'infliger un blâme à ses actions, à ses paroles, à ses intentions morales, cela est évident. Censurer, blâmer n'est pas discuter. Non, certes, l'avocat n'a pas le droit de blâmer, de censurer le ministère public, pas plus, au reste, que le ministère public n'a le droit de censurer l'avocat, d'infliger un blâme public à ses actions, à ses paroles, à ses intentions morales. Le ministère public ne relève pas de l'avocat, l'avocat ne relève pas du ministère public, voilà la vérité tout entière. »

6^e *Envers le Président.* — Nous avons vu les droits de la défense subir une restriction par le fait qu'elle a à lutter contre le ministère public ; nous arrivons à un cas où ces droits peuvent presque entièrement disparaître, c'est lorsque la discussion s'engage entre la défense et le magistrat qui préside l'audience.

Le président incarne, dans les débats « la justice », « les tribunaux » que le serment de l'avocat, personnifiant lui-même la défense, l'oblige à respecter. Un Président autoritaire et peu conciliant pourra toujours considérer les moindres observations comme une attaque contre ses droits et un manque de respect envers la justice.

Il restera bien à l'avocat la ressource de prendre des conclusions (1), afin de se réserver une voie de recours éventuelle contre la décision à intervenir, en prétendant que les droits de la défense ont été violés (2); mais, outre que ce recours ne sera pas toujours effectif, (3) le défenseur n'en restera pas moins désarmé contre la peine disciplinaire dont il plaira à la juridiction saisie de sanctionner l'incident, pour peu que celle-ci statue en dernier ressort et ait soin de motiver en fait sa décision (4).

Chercher à préciser en principe les droits de la défense vis-à-vis du président, serait un travail illusoire, car à quoi bon poser des règles dépourvues de sanction, ce qui est toujours le cas quand l'une des deux parties est juge en sa propre cause...

A la vérité, il y a là une question qui n'est pas susceptible de solution générale et unique. La magistrature et le barreau, aux époques de crise, paraissent l'une en face de l'autre, comme deux belligérants, disposant pour la lutte d'armes diverses, dont la valeur dépend de circonstances multiples tout à fait en dehors du domaine de la théorie.

L'histoire du barreau, est pleine de ces luttes, qui se terminent le plus souvent par des moyens rien moins que juridiques.

1. Cresson, t. I, p. 52.

2. Saillard, p. 200.

3. Voir *infra* : étude du recours en cassation pour violation des droits de la défense.

4. Cass., 28 avril, 1820. S. 20. I. 297; Cass., 23 avril 1875, précité.

Depuis l'épisode de la députation envoyée au président de Thou qui avait insulté Dumoulin à l'audience, pour lui dire *Loesisti hominem doctiorem quam unquam eris* (1), jusqu'aux incidents qui, sous le bâtonnat de Parquin et la présidence de Séguier, en 1833, soulevèrent le barreau de Paris tout entier contre les magistrats de la Cour (2), en passant par la véritable grève des avocats du Chatelet de 1727, qui se termina seulement lorsque le lieutenant civil, d'Argouges, eut fait une démarche personnelle auprès du bâtonnier (3), on rencontre à toutes les époques, des interventions collectives du barreau, compensant de la sorte l'infériorité qu'entraîne pour ses membres isolés leur position dépendante vis-à-vis des magistrats. Et la légalité de ces interventions n'a jamais été contestée (4).

Quant à leur utilité, elle est évidente car, en fait, elles sont bien souvent la seule ressource de l'avocat molesté. Parfois cependant, celui-ci trouve dans son

1. Rapporté par Dupin, Discours sur la profession d'avocat du 1^{er} décembre 1829, et par Gaudry, t. I, p. 270. Cetauteur, en mettant en doute l'exactitude des paroles qu'il cite d'après Brodeau (*Vie de Dumoulin*) dit : « que Dumoulin ait reçu des brusqueries d'un président de Cour, on peut le croire et malheureusement cet exemple se reproduit tous les jours ; que d'anciens avocats aient été trouver le président pour s'expliquer avec lui, le Conseil de l'Ordre l'a fait souvent avec une grande fermeté.

2. D. Rep, v^o avocat, n^o 412 et 413.

3. Gaudry, t. I, p. 278 d'après Barbier, *Mémoires*, t. I, p. 253.

4. Sauf en ce qui concerne la cessation générale et concertée de se présenter devant une juridiction. Cass., 12 mai 1858. D. 58. 1. 175 et les conclusions du procureur général Dupin. V. d'autres exemples de l'intervention du barreau auprès des magistrats dans le répertoire des *Pandectes* : v^o avocat, n^o 1032 et suiv.

talent ou la considération personnelle dont il jouit, des armes lui permettant de lutter seul. Tel Delangle qui, ayant demandé à répliquer à la plaidoirie de l'adversaire, s'entendit répondre par le président : « La Cour vous a entendu avec patience, la réplique est inutile ». « M. le président, répartit Delangle, je n'ai jamais eu besoin de la patience de personne ; mon adversaire, trompé par son client, a commis de graves inexactitudes ; j'ai le droit de les rectifier, bien plus, en demandant à répondre, je fais mon devoir. C'est à la Cour de voir si elle veut faire le sien en me permettant de répliquer, ou si elle préfère être trompée. »

Supposons qu'au lieu d'être tenu par un des maîtres du barreau, ce fier langage ait été l'œuvre de quelque jeune stagiaire, et il est fort probable qu'au lieu de faire droit à sa demande, la Cour eût réprimé disciplinairement sa hardiesse, considérée comme un manque de respect.

Voilà qui prouve bien qu'ici, comme nous le disions plus haut, il n'y a pas de règles certaines, tout est question de personnes et d'espèces ; le plus fort, le plus habile, triomphe, et c'est à lui que reste le dernier mot.

7° *Attaques contre les principes.* — Pour être complets au sujet de l'étendue des droits de la défense, il nous reste à parler des attaques dirigées, non plus contre les personnes, mais contre les lois et les principes. On se trouve ici en présence d'une dérogation au droit commun, inverse de celle consacrée par l'article 41 de la loi sur la presse. Cet article

retire le caractère délictueux à certains faits, parce qu'ils font partie de la défense. Nous allons voir au contraire que des discours, licites en temps ordinaire, peuvent, lorsqu'ils sont prononcés en justice, constituer une faute.

Leur situation est régie par l'article 43 de l'ordonnance du 20 novembre 1822, mentionnée plus haut ; rappelons que ce texte, renouvelant les prescriptions des articles 38 et 39 du décret du 14 novembre 1810, dispose :

« Toute attaque qu'un avocat se permettrait de diriger, dans ses écrits ou ses plaidoiries, contre la religion, les principes de la monarchie, la charte, les lois du royaume ou les autorités établies, sera réprimée immédiatement, sur les conclusions du ministère public, par le tribunal saisi de l'affaire, lequel prononcera l'une des peines prescrites par l'article 18, sans préjudice des poursuites extraordinaires, s'il y a lieu. »

Pour préciser la portée de cette disposition, il est utile de la rapprocher de la formule du serment prescrit aux avocats par la loi du 22 ventôse an XII article 5 : Ceux-ci jurent « de ne rien dire ou publier, comme défenseurs ou conseils, de contraire aux lois, aux règlements, aux bonnes mœurs, à la sûreté de l'Etat, et de ne jamais s'écarter du respect dû aux tribunaux et aux autorités publiques » (1).

1. Notons que le serment a un champ d'application plus vaste que l'article 43, car il oblige l'avocat personnellement, et même hors de l'audience.

L'article 43 de l'ordonnance de 1822 est en quelque sorte la sanction des obligations imposées par ce serment (1) ; mais il ne faudrait pas, d'après nous, pousser trop loin cette idée, et en conclure que ce texte a été abrogé partiellement lorsqu'en 1848 (2) on a retranché du serment des avocats la partie politique, que lui adjoignait l'article 38 de l'ordonnance de 1822 (3). Nous verrons en effet, qu'il se justifie par des considérations absolument étrangères à une forme donnée de gouvernement et qu'il répond à des nécessités permanentes.

Ces considérations sont d'ailleurs d'une portée si générale qu'il faut certainement étendre le texte même au delà de l'espèce qu'il vise *in terminis* et en faire une disposition de principe, ne s'appliquant pas aux seuls avocats, mais à la défense, de quelque manière qu'elle exerce. Entendons-nous bien : Nous ne voulons pas dire que le prévenu, l'accusé, qui se défend lui-même, puisse encourir des peines disciplinaires ; elles lui sont par nature inapplicables ; mais la proposition que nous avons énoncée n'est pas, pour cela, dépourvue d'intérêt. Si l'on admet la généralité d'application de l'article 43, il pose une restriction aux droits de la défense. La partie essaie-t-elle de pénétrer sur le terrain d'attaques qui lui est ainsi interdit, le président pourra l'arrêter sans

1. *Pandectes Rep.* v^o avocat, n^o 682.

2. Lettres du ministre de la Justice des 13 septembre 1848 et 30 avril 1852.

3. *Contra* : Cresson, t. II. p. 359.

s'exposer à un pourvoi en cassation pour violation des droits de la défense. S'il en était autrement, cette voie de recours compléterait du moins en principe, au plaideur illégalement limité dans sa défense.

Que la loi ait voulu, par la disposition en question, faire application à un cas particulier d'une règle générale, c'est ce qui nous semble résulter de plusieurs ordres de considérations :

Tout d'abord, ce n'est pas à l'avocat en tant qu'avocat, à raison de sa profession, que la prohibition s'adresse. C'est seulement dans ses plaidoiries ou dans ses écrits qu'il lui est interdit de se livrer à certaines attaques, par conséquent au cours de la défense (1). Ceci devient très visible quand on compare ce texte avec d'autres dispositions analogues (2) notamment l'article 14 *in fine* de la loi du 30 août 1883, qui interdit aux magistrats « toute manifestation ou démonstration d'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement de la République » ; ce n'est plus dans certaines circonstances données, que les personnes visées se voient interdire ces manifestations, c'est à raison de leur qualité de magistrat. Ici il n'en est pas de même, le texte prévoit seulement le cas où le fait répréhensible se produit en justice.

Considérons donc comme certain que l'avocat est touché par l'ordonnance de 1822 comme défenseur.

1. Cela résulte nettement de la fin du texte où il est parlé du « Tribunal saisi ».

2. V. encore l'ancien article 201 du Code pénal pour les ministres du culte ; V. aussi la note 1, p. 161.

Or pourquoi la défense serait-elle plus libre quand elle s'exerce directement que lorsqu'elle emprunte la voix d'un avocat ? Il n'y en a pas de bonnes raisons et ce serait contraire à tous les précédents de la matière. L'article 43 pose à la discussion judiciaire des limites que le plaideur, quel qu'il soit, ne doit jamais franchir. Cela va de soi, les tribunaux n'ayant qu'à appliquer la loi et pas à la juger (1).

Qu'ils l'estiment bien ou mal faite, ils n'en sont pas moins liés par elle. Il serait par conséquent, aussi inutile qu'inconvenant de laisser les parties mettre en jeu à l'audience des principes qui doivent y être considérés comme au-dessus de toute discussion. Et ce que nous disons de la loi au sens étroit, doit être étendu à l'ensemble des lois et des institutions du pays ; mettons « république », « constitution », au lieu de « monarchie » et « charte, » les mots ont changé mais, à notre point de vue, les choses ne changent pas, et les raisons de les maintenir en dehors du débat judiciaire demeurent les mêmes. Allons plus loin et assimilons aux lois positives l'ensemble des règles et des principes économiques et sociaux, de la morale publique et religieuse (2), même non issus de la

1. *Sic* : conclusions de l'avocat général de Royer dans l'affaire Michel (de Bourges), Haute-Cour de Versailles 10 novembre 1849, D. 49. I. 291 : « la question de violation de la Constitution n'a pas de juges ici. Le juge, la seul juge de la question de violation de la Constitution, quand le cas se présente, c'est l'Assemblée nationale ».

2. Mollot, règle 47 ; V. arrêté du Conseil de l'ordre de Paris du 1^{er} mars 1821 (*Pand. Rep.* V^o avocat, n^o 686).

la volonté expresse du législateur, qui constituent ce que l'on pourrait appeler l'état social et moral du pays à un moment donné de son évolution ; tout cela est du domaine du pouvoir législatif, de l'opinion publique, des théories scientifiques, même de l'histoire. Les tribunaux, eux, ont à appliquer des règles fixes et établies, il ne leur appartient ni de les apprécier, ni de chercher à les modifier. Et l'on comprend que le législateur ait voulu écarter de leur domaine des discussions qui auraient constitué un empiétement sur des fonctions réservées à d'autres autorités. Voilà certainement la vraie raison, sinon historique, (1) du moins logique, des dispositions que nous étudions.

Seulement, nous devons immédiatement signaler que si, à notre avis du moins, l'article 43 de l'ordonnance de 1822 est encore intégralement en vigueur, depuis longtemps la jurisprudence a cessé de l'appliquer rigoureusement. La suppression de la partie politique du serment des avocats a marqué une étape vers des solutions plus douces (2). Le bâtonnier Falateuf, dans un discours de rentrée du 26 novembre 1883, pouvait bien rappeler le temps où Berryer, plaidant pour le Maréchal Ney, était averti pour avoir attaqué le gouvernement, et où un autre confrère encourait la même peine pour n'avoir pas témoigné un respect suffisant à la religion. Mais, en

1. Historiquement, elles se présentent plutôt comme une survivance des précautions traditionnelles contre les excès du barreau.

2. V. Cresson, t. I, p. 229 et suivantes.

cette fin du xix^e siècle, de tels faits n'étaient plus guère que des souvenirs.

Sur le terrain d'une pratique plus courante, de multiples arrêts ont, pendant longtemps, décidé que le Président des assises doit s'opposer à ce que la défense fasse ressortir la disproportion de la peine avec le peu de gravité du délit (1). Aujourd'hui ces principes ne sont plus aussi strictement respectés(2) et l'on a vu, par exemple, au cas de parricide, de nombreux verdicts affirmer, à la demande de l'avocat, que l'accusé avait bien tué la victime, mais non son père, alors que le contraire était certain (3), et ce, uniquement pour écarter une circonstance aggravante dont les conséquences paraissaient excessives (4).

Mais cependant, il ne faut pas aller trop loin dans cette voie et croire que la disposition de l'article 43 de l'ordonnance de 1822 soit aujourd'hui absolument lettre morte.

La Haute Cour, en 1849, défendait à un avocat de plaider le droit à l'insurrection (5). Si pareille tenta-

1. Cass., 31 mars 1825 ; D. R. v^o Défense n^o 131 ; Cour d'ass. Seine, 2 fév. 1830 (*ibid.*, n^o 132) ; Cour d'ass. Ile-et-Vilaine, 29 nov. 1839 (*Ib.* 132).

2. Mollot, règle 47, admettait déjà la possibilité d'une critique des lois et règlements, tout en conseillant de la faire en termes respectueux et modérés.

3. Saillard, *op. cit.*, p. 182.

4. L'extension donnée aux circonstances atténuantes par la loi de 1832, avait d'ailleurs marqué une étape dans cette voie.

5. Aff. Michel (de Bourges), Haute Cour de Versailles, 10 nov. 1849, D. 49. I, 290 ; Arrêté du Cons. de Paris 19 déc. 1849, D. 50, 3. 13.

tive se reproduisait, il est certain qu'elle serait encore arrêtée de la même façon. Il y a là une question d'appréciation et de mesure, extrêmement délicate, qui dépendra évidemment, et de la forme des critiques, et de l'état de l'opinion sur le point critiqué ; tous les tribunaux admettront que l'on signale la discordance des textes du Code pénal en matière d'adultère avec les lois récentes sur le divorce et la légitimation des enfants adultérins, et, très probablement, aucun président d'assises ne souffrirait qu'une personne accusée d'avortement fasse, pour sa défense, l'apologie des doctrines néo-malthusiennes.

Quoi qu'il en soit de ces variations dans l'application de la loi, il faut retenir que celle-ci est toujours en vigueur et que la liberté de la défense souffre de ce fait une restriction, théoriquement considérable.

Il n'est pas sans intérêt de rapprocher de la législation française le décret du 20 juillet 1831, qui réglemente cette matière en Belgique. Son article 2, deuxième alinéa, est ainsi conçu : « Quiconque aura méchamment et publiquement attaqué la force obligatoire des lois ou provoqué directement à y désobéir, sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans. Cette disposition ne préjudiciera pas à la liberté de la demande ou de la défense devant les tribunaux ou toutes autres autorités constituées. » Le rédacteur du répertoire des *Pandectes belges*, en rapportant ce texte (1), le commente ainsi : « Les

1. V^o Avocat près les Cours d'appel, n^{os} 142-143.

lois comme les institutions, sont désormais de la manière la plus illimitée dans le domaine de la libre discussion. Les avocats peuvent donc les apprécier et les combattre, pourvu que les attaques dirigées contre elles soient relatives à la cause » (1).

Nous ne sommès pas encore parvenus à une conception aussi libérale des droits de la défense, et si l'on veut résumer les principes qui fixent leur étendue, il faut reconnaître que le critérium n'en sera pas toujours uniquement l'utilité et la vérité des propos incriminés ; si telle est la règle générale, cette règle subit en effet deux restrictions : la première découle du principe que ceux qui ne font que présenter et soutenir les prétentions des parties, ne doivent pas être personnellement mis en cause ; la seconde a pour origine le respect que les plaideurs doivent garder envers la magistrature et les lois.

1. Voir Schuermans, *Code de la Presse belge*, p. 104.

TITRE V

Répression des excès de la défense et protection de ses droits

Afin d'étudier les voies de droit destinées à sanctionner les excès de la défense, nous adopterons la division tripartite qui nous a servi à préciser le caractère des discours prononcés devant les tribunaux : après avoir détaillé les mesures répressives auxquelles peuvent donner lieu les délits et les fautes commis par la voie de la parole en justice, nous énumérerons les divers modes de protection accordés à la défense quand celle-ci ne dépasse pas les limites de son droit.

CHAPITRE PREMIER

Délits

En laissant de côté les délits non prévus par l'article 41, et au sujet desquels il n'y a rien à ajouter à ce qui a été dit plus haut, on retrouve ici les deux catégories de discours signalés. Envisageons d'abord les injures, outrages et diffamations qui, se produisant en dehors de la défense, ne bénéficient pas des dispositions de l'article 41.

1^o Délits étrangers à la défense. — Leur répression varie suivant que l'on a affaire à un tribunal de droit commun, ou à une juridiction d'exception.

a) TRIBUNAUX DE DROIT COMMUN. — Prenons la première hypothèse et examinons les diverses mesures auxquelles le fait incriminé peut donner lieu :

Action publique. — Le tribunal devant lequel l'incident s'est produit, pourra se saisir de l'action publique, sans qu'il soit besoin de plainte, ni de réquisitions (1) et sans qu'aucune considération tenant, soit à la nature des propos incriminés, soit à la qua-

1. Barbier, 683; Cass., 5 juin 1851, D. 2. 5. 443.

lité de leur auteur, puisse en différer ou en paralyser la répression (1).

Si le tribunal, comme la jurisprudence (2) et la majorité des auteurs (3) lui en reconnaissent le droit, ne statue pas immédiatement, l'action ultérieure sera recevable sans restriction et dans les termes du droit commun (4).

Action civile. — Le tribunal suit-il la procédure de l'article 181, la personne lésée pourra, à son choix y intervenir et réclamer les dommages-intérêts en se constituant partie civile (5), ou laisser, sans se mêler aux débats, les juges prononcer la répression du délit d'audience. Dans cette hypothèse, elle portera ensuite son action en dommages-intérêts devant la juridiction civile qui, s'il s'agit d'injures ou de diffamations, sera le juge de paix, compétent en vertu de l'article 6, paragraphe 3, de la loi du 12 juil-

1. *Pand.*, rep. v^o audience, n^o 619 et s-643. *Sic.* Paris, 20 nov. 1888, D. 89. 2. 235, rendu contrairement aux conclusions de l'avocat général Bertrand. *Contra* : Rousseau, *Des délits de parole commis à l'audience*. Le système de cet auteur paraît plus logique que celui de la jurisprudence, au moins sur un point ; c'est lorsqu'il refuse aux tribunaux devant lequel l'incident se produit, le droit d'en connaître, quand le caractère délictueux de l'articulation est subordonné à son inexactitude.

2. Cass., 19 mars 1812, S. 12. I. 384 ; Amiens, 25 janvier 1877 (*Jal Dr. crim.*, 78, p. 223).

3. Faustin Hélie, t. IV, n^o 2929 ; Barbier, n^o 685 ; D.R. v^o pr. out., n^o 1347. *Contra* : Chassan, t. III, p. 69.

4. La recevabilité de l'action ultérieure est niée par Barbier (785) conformément à son système général qui ne soustrait les délits en question à l'immunité du parag. 3. de l'article 41, qu'en ce qui concerne les répressions immédiates à l'audience.

5. Le Sellyer, t. II, n^o 565.

let 1905, pour en connaître sans appel jusqu'à 300 francs et à charge d'appel au-dessus de ce chiffre.

Cette voie sera encore ouverte à la victime dans le cas où le tribunal n'estime pas devoir se saisir, à moins qu'elle ne préfère agir au criminel, devant les juges ordinaires, soit par voie de citation directe, soit par celle de plainte avec constitution de partie civile.

Notons d'ailleurs, que les personnes lésées feront sagement, quand cela sera possible, de former leur demande devant le tribunal saisi du fond, en déposant des conclusions pour le mettre en demeure de statuer. En effet, l'action ultérieure se heurterait souvent à la difficulté de prouver que les faits, s'étant passés en dehors de la défense, ne doivent pas bénéficier de l'immunité qui la protège. Si le tribunal a omis de statuer, dira-t-on, c'est que les propos faisaient partie de la défense et qu'il n'y avait pas lieu, en conséquence, de les réprimer comme délits d'audience. (1) Nous avons dit que l'on ne pouvait, en théorie, accepter cette manière de voir, qui attacherait un caractère exclusif à la compétence créée par les articles 181 et 505 du Code d'instruction criminelle; caractère formellement méconnu par la jurisprudence, en ce qui concerne le premier de ces articles, et par la loi elle-même, pour le second. Mais, pour faux qu'il soit, le raisonnement est séduisant et de

1. *Sic* : Chassan, t. I, p. 80, précité.

nature à déterminer en pratique, l'opinion de bien des tribunaux.

Action disciplinaire. — Si le délinquant est un avocat (1), le tribunal devant lequel le fait se produit, peut lui appliquer les peines disciplinaires édictées par l'article 18 de l'ordonnance du 22 novembre 1822, avertissement, réprimande, suspension (maximum un an), radiation. L'article 103 du décret du 30 mars 1808 attribue, en effet, à chaque chambre des Cours et Tribunaux, la connaissance des fautes de discipline commises à son audience. Les juges sont saisis d'office, indépendamment de toutes réquisitions du ministère public.

Si le Tribunal n'a pas usé de la faculté qui lui est ainsi accordée, il appartient, soit au ministère public, soit à la partie lésée, de saisir la juridiction disciplinaire ordinaire ; celle-ci pourra aussi statuer sur le renvoi du tribunal devant lequel le délit a eu lieu (2), ou même d'office, en vertu de l'article 15 de l'ordonnance de 1822.

Mesures diverses. — L'article 41 de la loi de presse et l'article 1036 du Code de procédure civile mettent à la disposition des tribunaux dont l'audience est troublée, diverses mesures spéciales : suppression, injonctions, affichage. L'article 41 étant inapplicable

1. Nous négligeons volontairement le cas où il s'agirait d'un officier ministériel, ce cas ne présentant pas de particularités qui le différencient de celui visé au texte.

2. Cresson, t. II, p. 54 ; Cass., 21 fév. 1838 (D. R. v^o avocat, n^o 416 et 488.)

à notre hypothèse, et l'article 1036 ne visant que les écrits, il semble difficile que la suppression puisse intervenir ici. Quant à l'affichage qui, dit la Cour de cassation, est, « non une peine, mais une réparation du scandale public produit par la partie condamnée », (1) rien dans le texte de l'article 1036 ne s'oppose à ce qu'il soit ordonné, mais le cas qui nous occupe, ne paraît pas rentrer dans les prévisions de cet article et la « réparation du scandale » y est assurée d'une manière bien plus efficace par l'application de l'article 181.

b) TRIBUNAUX D'EXCEPTION. — Si l'on suppose que les faits en question se sont passés devant une juridiction d'exception, les règles ci-dessus exposées reçoivent quelques modifications.

Relativement à l'action publique et à l'action civile, aucun changement en ce qui concerne leur exercice ultérieur devant les juges ordinaires ; mais leur exercice immédiat devant le tribunal saisi, ne sera possible qu'en cas de tumulte, et seulement s'il s'agit d'une juridiction de l'ordre judiciaire (2).

Quant à l'action disciplinaire (3), on discute sur la possibilité pour le tribunal saisi, d'en connaître. L'opinion dominante en doctrine, la conteste aux juges d'exception, tant à raison de leur qualité et de

1. Cass., 16 mai 1873. D. 73. 1. 444.

2. Barbier, n° 696; Carpentier, *rep.* v° audience, n° 11 et 73, *Contra* : Fabreguettes, n° 100.

3. Proprement dit, à l'exclusion du droit de prononcer des injonctions, qui appartient à tous les tribunaux.

l'indépendance du barreau à leur égard, qu'en vertu de l'interprétation de l'article 103 du décret de 1808 (1). Mais la jurisprudence la reconnaît sans limitation à tous les tribunaux, comme suite de cette idée que « tout tribunal, toute magistrature constituée a le droit de se faire respecter dans l'exercice de son pouvoir » (2).

Entre ces deux théories extrêmes, on peut en signaler deux autres, intermédiaires.

L'une (3), n'accorde aux tribunaux d'exception que le droit de prononcer l'avertissement et la réprimande, à l'exclusion de la suspension et de la radiation.

L'autre, ne fait aucune distinction entre les diverses peines disciplinaires, mais en limite l'effet à l'audience du tribunal qui les a prononcées (4).

L'inconvénient de ces deux systèmes, c'est de créer arbitrairement des restrictions au pouvoir disciplinaire, ou des distinctions dans son étendue, que la loi n'a ni prévues, ni autorisées.

1. Barbier, 705 ; Fabreguettes, 5 ; Le Poittevin, n° 448 ; de Gratier, t. I, p. 256 ; Chassan, t. 3, p. 92 et suiv. ; Massoné, *la Juridiction du barreau*, p. 285.

2. Rapport du conseiller Ménard, D. 50. 1. 315 sous Cass., 23 avril 1850 ; Rapport le Vavas seur de Précourt et consultation du barreau de Caen (bâtonnier Demolombe) sous Cons. d'Etat, 5 mars 1886, *Pand. franç.*, 86. 2. 75 ; Oran, 26 sept. 1859 et 20 mars 1860, D. 60. 3. 23.

3. Morin, t. I, n° 155.

4. *Pand. franç.*, rep., v° audience, n° 769 ; Trib. comm. Lyon, 25 juin 1841 ; D. rep., v° avocat, n° 500 ; Saillard, p. 104 ; Garraud, *Inst. crim.*, t. III, n° 1183.

2° **Diffamations étrangères à la cause.** —

Nous rentrons maintenant dans la sphère d'application de l'article 41, c'est-à-dire, dans le cas de délits commis au cours de la défense, et le plus souvent « sans sortir des formes d'une discussion d'audience (1) ». Les seules infractions de cette nature auxquelles notre texte conserve leur caractère de délit et qu'il permette de punir comme tels, sont les diffamations étrangères à la cause, visées par son alinéa 5 qui dispose :

« Pourront toutefois les diffamations étrangères à la cause, donner ouverture soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties, lorsque ces actions leur auront été réservées par les tribunaux, et, dans tous les cas, à l'action civile des tiers. »

Nous avons vu plus haut, (2) que les diffamations « étrangères à la cause » sont, en principe, celles qui ne servent pas à justifier les prétentions des parties.

La répression de ces diffamations est soumise à des règles variables suivant que la personne diffamée est une partie ou un tiers. Il est donc très important de préciser nettement le sens de ces expressions.

Distinction des tiers et des parties. — Dans le langage ordinaire de la procédure, on appelle tiers, toute personne qui ne figure pas au procès en son nom personnel.

M. Fabreguettes est le seul à soutenir (3) que le

1. Carpentier, rep. v° diff., n° 1614.

2. P. 120.

3. N° 13, *in fine*.

mot a ici sa signification habituelle, la majorité des auteurs et de la jurisprudence fait rentrer dans cette expression, non seulement les parties en cause, c'est-à-dire les demandeurs et défendeurs, soit principaux, soit intervenants, les parties civiles, les prévenus ou accusés, les civilement responsables, mais encore les personnes figurant au procès ès qualités (1), les avocats, avoués, agréés et tous ceux qui ont mandat de représenter ou de défendre les parties devant les tribunaux (2), ainsi que le ministère public près la juridiction saisie (3).

La raison en est que « présents à l'audience, ils peuvent se défendre et agir pour la conservation de leurs droits » (4).

Toutes autres personnes sont des tiers (5).

En ce qui concerne les témoins, quelques décisions de jurisprudence déjà anciennes, les ont assimilés aux parties plaidantes (6). Mais cette opinion

1. En ce qui concerne cette catégorie de personnes, le rep. des *Pand* : v^o diff., n^o 1325 et 1324, commet une erreur manifeste en rapportant l'opinion de Barbier.

2. Le Poittevin, p. 500; Barbier, n^o 803; De Grattier, t. I, p. 271; Grellet-Dumazeau, t. 2, n^o 930; Rousset, n^o 2442, 5; Cass., 31 janv. 1873, D. 73. 1. 89; Lyon, 13 janv. 1870, S. 71. 2. 202.

3. *A contrario* de : Cass., 8 mars 1861, S. 61. 1. 556; mais en ce qui le concerne cette constatation est dénuée d'intérêt, car la diffamation dirigée contre lui à l'audience, l'atteignant dans l'exercice de ses fonctions, devient un outrage et échappe, comme tel aux règles du par. 5 (Barbier 803).

4. De Grattier, *loc. cit.*

5. V. les exemples et les arrêts, cités par Carpentier; v^o diff., n^o 1596 à 1601 et *Pand. f.*, repert: v^o diff., n^o 1315 et s.

6. Cass., 23 août 1838, S. 38. 1. 991; Nîmes, 27 mai 1841; D. R. v^o press. out., n^o 1.254; Douai, 11, août 1823, S. 24. 1. 157; Metz, 27 nov. 1867, D. 68. 2. 38; Grenoble, 26 août 1870 (*Jal. Min. pub.*, 70, p. 240); Chassan, t. I, p. 93 et suiv.

est aujourd'hui abandonnée par la quasi-unanimité de la doctrine et par la jurisprudence récente (1). Le témoin, en effet, se trouve, même quand il est présent à l'audience, dans une situation qui ne lui permettrait pas de prendre les mesures nécessaires pour assurer immédiatement le maintien de son recours, si on l'obligeait à faire réserver son action. Il n'est pas assisté d'un conseil et manque le plus souvent des connaissances et de la présence d'esprit indispensables pour agir seul ; il n'y a aucune raison pour le traiter moins favorablement qu'un tiers qui, lui aussi, pourrait être présent lorsque la diffamation est proférée et ne perdrait pas pour cela le droit d'agir ultérieurement sans condition de réserve (2).

10. DIFFAMATIONS ENVERS LES PARTIES. — Lorsqu'une diffamation atteint une des parties, au sens spécial que revêt ici ce mot, des voies de répression variées vont se trouver ouvertes, devant le tribunal saisi du fond du débat, ou devant les juridictions de droit commun.

a) *Actions immédiates.* — Le tribunal devant lequel se produit l'incident, pourra d'abord se saisir de l'action publique, soit d'office, soit sur les conclusions de la partie lésée ou les réquisitions du ministère public, en vertu des articles 181 du Code

1. Le Poittevin, p. 501 ; Barbier, n° 803 ; Fabreguettes, n° 13. *In fine* ; Nevers, 13 janv. 1876, D. 77. 2. 38 ; C. Ass. Seine, 22 nov. 1884 (*Gaz. pal.*, 85. 1. supp. 46) ; Limoges, 8 août 1889, D. 89. 2. 45 ; Grasse, 17 mai 1912 (*Gaz. trib.*, 1912. 2. 45).

2. Fabreguettes, t. I, p. 38, note 3.

d'instruction criminelle ou 505 du même Code (1), suivant les distinctions indiquées plus haut (2). L'action disciplinaire immédiate procédera dans les mêmes conditions.

Quant à l'action civile, à la différence de ce qui existait pour les délits de la catégorie précédente, elle sera toujours possible, soit que le tribunal se saisisse de la connaissance du délit d'audience, soit qu'il le renvoie devant les juges de droit commun. Dans la première hypothèse, elle trouvera son fondement dans le principe que le juge de l'action publique est compétent pour statuer sur l'action civile ; dans la seconde, elle sera basée sur l'alinéa 4 de l'article 41 aux termes duquel le juge saisi du fond « pourra... condamner qui il appartiendra à des dommages-intérêts ».

Cette dualité des sources de compétence, produit les deux conséquences suivantes, dérogoires aux principes ordinaires :

1° Si le tribunal se saisit de l'action publique en vertu des articles 181 et 505, il peut allouer des dommages-intérêts en prononçant la peine, même sans statuer sur le fond comme le lui prescrit l'article 41 du paragraphe 4.

2° Inversement, si la personne lésée a omis de se constituer partie civile au moment où le tribunal réprime le délit d'audience, il lui est néanmoins loi-

1. P. 170 et suiv.

2. *Sic.* Barbier, 804 ; D. rep. v° press. out., n° 1234.

sisible, jusqu'à la clôture de l'affaire principale, de formuler sa demande de dommages-intérêts, nonobstant le principe que le juge criminel, après avoir statué sur l'action publique, est incompétent pour connaître de l'action civile.

Nous indiquerons plus en détail, à propos du paragraphe 4 de l'article 41, la nature et l'étendue de l'attribution de compétence qu'il contient relativement à l'action en dommages-intérêts. Nous réservons pour le même moment l'étude des autres modes spéciaux de répression autorisés par le paragraphe 4 de l'article 41 et l'article 1036 du Code de procédure civile, suppressions, injonctions, affichage, qui sont, sans contestation possible, applicables, dans notre cas, par le tribunal devant lequel l'incident se produit.

b) *Actions ultérieures. — Réserves.* — Il résulte de ce qui a été dit précédemment au sujet des caractères nécessaires pour qu'une diffamation, proférée au cours de la défense et en faisant partie, puisse être punie pénalement, que le tribunal du fond, quand il se saisit conformément aux articles 181 et 505, doit spécifier dans son jugement que les faits diffamatoires sont étrangers à la cause. Mais la loi, qui n'a d'ailleurs pas prévu nommément cette hypothèse, n'a rien précisé quant aux formes et à la nature de cette déclaration d'extranéité ; il n'en est pas de même quand il s'agit des actions ultérieures. Leur exercice par les parties est expressément subordonné à l'obtention de réserves, accordées par le tri-

bunal saisi, que l'alinéa 5 de l'article 41 investit d'une compétence exclusive à cet effet.

Il faut donc tout d'abord que des réserves soient demandées, par le ministère public ou par les intéressés.

Cette demande se produira sous forme de conclusions incidentes, quand elle émanera des parties en cause, et par voie d'intervention, de la part des défenseurs (1). Elle devra être formulée, expressément et avant que les juges, ayant statué sur le fond, ne soient dessaisis.

Pour avoir leur effet, il ne suffit pas que de simples réserves aient été prises par la personne diffamée ou par le ministère public, il faut qu'elles aient été accueillies par une décision expresse (2). Le tribunal est toujours libre d'accorder ou de refuser ces réserves, mais il ne peut se dispenser de statuer sur la demande qui lui en est adressée (3). Il devra le faire, au plus tard en même temps que sur le fond, mais il n'est pas nécessaire qu'il attende jusque-là et peut trancher la question des réserves par un premier jugement (4).

Sur quels points doit porter son examen ?

1. Barbier, n° 804.

2. Cass., 2 mai 1893, D. 93.1.288.

3. Cassation, 13 oct. 1820 ; D. R. v° Commune, n° 889.

4. De Grattier, t. I, p. 266 ; Barbier, n° 804 ; Fabreguettes, n° 12 ; Le Poittevin, p. 509. *Contra.* D. R. v° Press-out. n° 1236 et *suppl. eod.* v° n° 1471. Cet auteur cite à l'appui de son opinion un arrêt de la Cour de cassation du 21 juillet 1838 (S. 38.1.740) qui ne paraît pas avoir visé directement la question.

On décide que les juges du fond doivent se borner à constater la matérialité et l'extranéité des propos incriminés, sans avoir à se prononcer sur leur caractère diffamatoire ; le reste regarde la juridiction qui sera ultérieurement saisie de l'action en diffamation (1). L'opinion contraire, jadis soutenue par Mangin (2), est aujourd'hui unanimement repoussée. Cependant, si une partie, en formulant des réserves, indiquait expressément que le fait dont elle se plaint constitue le délit d'injures, il semble logique de décider que le tribunal, bien qu'il n'ait pas en général à se préoccuper de l'existence des éléments constitutifs de la diffamation, devrait rejeter sans autre examen une demande se présentant elle-même comme irrecevable (3).

Une fois admis le principe que le juge, auquel on demande des réserves, n'a pas à apprécier le caractère diffamatoire des faits articulés, on peut se demander ce qui se passera s'il a néanmoins pris parti sur cette question. Barbier enseigne (4) que, si le jugement qui la contient acquerrait l'autorité de la chose jugée, la décision sur le caractère diffamatoire des faits s'imposerait au juge saisi de l'action ultérieure, qui n'aurait plus à apprécier que la question d'intention, et à appliquer la peine. M. Le Poittevin,

1. Fabreguettes, n° 12 ; Barbier, n° 804 ; Le Poittevin, p. 513 ; Rousset, p. 259 ; De Grattier, t. I, p. 279 et les arrêts cités par Carpentier : rep. v° diffam., n° 1578.

2. T. I, n° 154 ; *sic*, Faivre et Benoit Lévy, p. 200.

3. Carpentier : rep. v° diffam., n° 1578.

4. N° 804.

au contraire, d'accord avec de Grattier (1), affirme que le tribunal saisi du fond, en déclarant les faits diffamatoires « a statué sur une question dont il n'était pas saisi, sur laquelle il n'avait pas à se prononcer. Par suite, il n'a pas, à proprement parler, rendu une décision sur ce point ; il a exprimé une opinion personnelle, qui vaut comme indication, mais ne saurait lier les juges de répression ».

Le système de Barbier nous semble préférable. En matière de jugements, comme d'ailleurs d'actes authentiques en général, foi est due au titre, à l'apparence, qui, tant que le contraire n'est pas régulièrement établi, est présumée correspondre à la réalité juridique ; en l'espèce la présomption est que le tribunal a statué compétemment.

Pour faire tomber cette présomption, le législateur a établi des moyens spéciaux, appel, requête civile, opposition, etc... Le Code de procédure civile en édictant, dans son article 480 paragraphe 3, que les jugements peuvent être rétractés par la voie de la requête civile, quand il a été « prononcé sur choses non demandées », montre bien que, même quand, suivant l'expression de M. Le Poittevin, « le tribunal a statué sur une question dont il n'était pas saisi » sa décision jouit néanmoins, tant qu'elle n'a pas été anéantie par une voie de recours appropriée, de l'autorité de la chose jugée. Cela peut être regrettable, mais les parties sont à même d'éviter ce résul-

1. Le Poittevin, p. 514 et de Grattier, t. I, p. 279.

tat, en se servant des moyens mis à leur disposition par le législateur et elles n'ont qu'à s'en prendre à elles-mêmes si elles négligent d'en user (1).

CONTENU DES RÉSERVES. — Les réserves doivent contenir deux éléments :

1^o *Précision des faits*. — Il faut, d'abord, qu'elles précisent les faits prétendus diffamatoires (2).

La Cour de Rouen a jugé, en ce sens, par arrêt du 28 mars 1879, (3) que des réserves ainsi libellées : « Il est donné acte au sieur N... des réserves formulées par lui oralement à l'audience du 15 février, pendant que le sieur X, développait les motifs par lui invoqués à l'appui de sa réclamation », ne sont pas suffisantes pour rendre admissible l'action ultérieure.

Notons d'ailleurs, que si l'on exige très strictement la précision des faits visés, dans la décision accueillant les réserves, il n'en est pas de même à l'égard du jugement qui les repousse. La déclaration de non extranéité faite, dans ce cas, par le juge du fond, suffit pour rendre sa décision inattaquable, et constitue

1. Le tribunal en accordant ou refusant les réserves ne statue que dans les limites de son degré de juridiction et sa décision est soumise aux voies de recours ordinaires (de Grattier, t. I, p. 241).

2. Cass., 28 déc. 1878, D. 79.1.137; Cass., 17 août 1881, précité; Faivre et Benoît Lévy, p. 200. *Contra* : Melun, 26 mars 1878 (*Gaz. trib.*, 3 avril 1878); Cass., 21 mai 1836; D. R. v^o pr. out. n^o 1223 et de Grattier, p. 278.

3. D. supp. v^o press. out., n^o 1467, I.

une appréciation de fait souveraine et échappant au contrôle de la Cour de cassation (1).

2° *Déclaration d'extranéité*. — Cette déclaration d'extranéité est la partie essentielle du jugement qui accorde des réserves ; à son sujet plusieurs questions se posent :

a) *Doit-elle être expresse*. — On peut d'abord se demander dans quelles formes elle doit intervenir.

Primitivement, la jurisprudence exigeait qu'elle fût expresse (2) ; puis un mouvement se dessina en sens contraire et plusieurs arrêts admirent que la constatation de l'extranéité pouvait être simplement virtuelle et résulter des motifs de la décision (3). La Cour de cassation alla même jusqu'à affirmer, par l'arrêt précité du 4 avril 1861 (4), qu'en l'absence de toute déclaration expresse, ou même tacite, d'extranéité, « lorsque le juge du fond a donné acte à une partie de conclusions incidentes par elles prises afin de poursuivre son adversaire en diffamation pour avoir tenu contre elle tels propos indiqués, les réserves ainsi formulées indiquent virtuellement et juridiquement que les faits diffamatoires étaient étrangers à la

1. D. supp. *eod.* v° n° 1470, Cass. crim., 4 mai 1865, D. 65. 1. 247, la décision du juge du fait sur l'extranéité est d'ailleurs toujours souveraine ; le Poittevin, p. 514.

2. Cass., 2 avril 1825. D. 25. 1. 299 ; 6 fév. 1829, D. R. v° press-out. 1221 ; Cass., 23 nov. 1835, S. 36. 1. 374 ; 3 mars 1837, S. 37. 1. 906.

3. Cass., 21 mai 1836, D. R. v° pr. out. rep., n° 1225.

4. D. 66. 5. 370.

cause et, par suite, rendent recevable l'action ultérieure de la partie. »

Mais la jurisprudence n'a pas persisté dans ce système. Dès 1865 (1) elle décidait qu'au terme de l'article 23 de la loi du 17 mai 1819, la juridiction saisie ne peut décerner acte de réserves de poursuivre qu'autant que, par une disposition expresse et motivée, elle a déclaré les faits étrangers à la cause. La doctrine a unanimement approuvé ce revirement (2). Mais cette théorie a été poussée, par un arrêt de la Cour de Paris du 23 novembre 1909, (3) jusqu'à des conséquences d'une logique déconcertante. Cet arrêt déclare que la constatation faite par les premiers juges que les diffamations *paraissent* étrangères à la cause, n'est pas suffisante et qu'il faut une affirmation catégorique d'extranéité. Voilà un raisonnement qui reporte le droit à plus de vingt siècles en arrière, aux plus beaux temps des actions de la loi, où le plaideur inattentif perdait son procès pour avoir employé dans sa demande le mot *vites* au lieu du mot *arbores* prescrit par les XII tables (4). A quoi bon tant de

1. Cass., 4 mai 1865, précité. Dans le même sens : Cass., 20 déc. 1878, D. 79.1.137 ; 17 août 1881, précité.

2. Fabreguettes, 12 ; Le Poittevin, n° 474 ; Barbier, n° 804 ; Chassan, t. 1, p. 88 ; de Grattier, t. 1, p. 154 ; Faivre et Benoit Levy, p. 200.

3. (D. 1910.2.341). Par une inconséquence remarquable, cet arrêt paraît pourtant se rattacher à la théorie adverse, en déclarant que la constatation d'extranéité peut être tacite.

4. Gains, t. IV, p. 11. *Unde eum qui de vitibus succisis ita egisset ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis competent actio, generaliter de arboribus succisis loqueretur.*

cassation du 7 août 1844, (1) que « l'article 23 de la loi du 17 mai 1819, en autorisant les parties à exercer une action civile pour la réparation des injures (*sic*) proférées devant les tribunaux, lorsque l'action leur aura été réservée, n'a été introduit que dans un intérêt privé ». Il en résulte que l'exception tirée du défaut de réserves, doit être proposée avant toute défense au fond, et que les parties peuvent y renoncer.

C'est de cette théorie que l'arrêt précité du 4 mai 1865, a fait application en décidant que, si la partie poursuivie pour diffamation en justice, a négligé d'opposer le vice des réserves devant la juridiction ultérieurement saisie, il appartient à celle-ci de statuer sur l'extranéité, ce point n'ayant pas été tranché par les premiers juges.

La majorité des auteurs est du même avis, mais la jurisprudence récente paraît se fixer en sens contraire. Elle admet que « la disposition de l'article 41, 5^e alinéa de la loi du 29 juillet 1881, destinée à garantir les droits de la défense, et conférant des attributions spéciales au juge devant lequel le débat s'est produit, intéresse l'ordre public ; comme cette disposition subordonne la poursuite en diffamation à une condition essentielle, sans laquelle l'action publique manque de base légale, son inobservation constitue à ce point de vue, non une simple nullité de procé-

1. D. R. v^o press. out. n^o 1233. En ce sens : Aix, 5 juin 1885 (*Gaz. trib.*, 2 oct. 1895) ; Paris, 5 août 1896, S. 97. 2. 163 ; Barbier, 804 ; Fabreguettes, 112, n^o 2.

ture, mais une fin de non-recevoir, portant sur le principe même de la poursuite et, partant susceptible d'être opposée pour la première fois en cause d'appel (1). »

EFFET DES RÉSERVES. — L'effet des réserves accordées est de rendre l'action ultérieure recevable. Peu importe qu'elles l'aient été sur les conclusions du ministère public ou de la partie lésée, le résultat est le même dans les deux cas.

La partie pourra donc saisir, soit le tribunal civil, soit le tribunal correctionnel par voie de plainte ou de citation directe, quand bien même les juges n'auraient fait que réserver l'action au ministère public (2); et inversement, le fait que les réserves n'auraient été accordées que pour la demande de dommages-intérêts, n'empêchera pas l'action publique de prospérer.

Le rôle du juge saisi de l'action ultérieure, se borne à prononcer sur le caractère diffamatoire des imputations incriminées, sur l'existence de l'intention de nuire chez leur auteur et sur l'application de la peine,

La loi n'a parlé dans l'alinéa 5 de l'article 41, que des actions civile et publique, mais il semble que les mêmes principes doivent s'appliquer à l'action disciplinaire, bien qu'elle n'ait pas été expressément

1. Cass., 4 déc. 1896, cassant l'arrêt de Paris précité, S. 97.1.478 ; dans le même sens : Rouen, 28 mars 1879, S. . 79.2.318 ; Tribunal de la Seine, 17 juillet 1902, D. 1903. 5.583. Le Poittevin, p. 508 ; *Pand. Franc. rep. : v° diff. inj.*, n° 1348.

2. Le Poittevin, p. 515 ; Barbier, n° 804.

visée (1). On peut ici, en effet, raisonner par voie d'analogie.

L'alinéa 3 de l'article 41 a consacré une immunité qui, le contexte le prouve bien, s'étend à toutes espèces d'actions même aux poursuites disciplinaires. Vient ensuite les alinéas 4 et 5. Le premier organise le fonctionnement du régime de faveur ci-dessus prévu, en y apportant quelques atténuations ; le second, au contraire, règle le retour au droit commun, moyennant une formalité qu'il prescrit. Cette formalité, c'est l'obtention de réserves, ou mieux, la constatation de l'extranéité des propos incriminés. Une fois cette constatation faite, les principes ordinaires reprennent leur empire. Tout le monde est d'accord pour faire application de cette idée, lorsqu'il s'agit des actions pénale et civile, en reconnaissant que, si tôt l'extranéité déclarée, les deux actions deviennent recevables, quand bien même une seule d'entr'elles aurait été réservée. Ici les raisons de décider sont les mêmes. Il faut donc généraliser, en l'appliquant à l'action disciplinaire, le principe formulé plus haut et dire que, par cela seul que des réserves ont été accordées à qui que ce soit, constatant l'inutilité des propos incriminés pour la défense, toutes actions qui pourraient être ultérieurement exercées à l'occasion desdits propos sont *ipso facto* rendues possibles.

Nous ne croyons pas que l'on puisse tirer argument contre cette proposition, de l'article 50 paragraphe 3

1. Contrat : Massoné, *op. cit.*, p. 281.

de la loi du 22 juillet 1889, qui paraît exiger, de la part des conseils de préfecture, une réserve expresse de l'action disciplinaire. « Si, outre les injonctions qu'il peut adresser aux avocats et officiers ministériels en cause, dit ce texte, le conseil de préfecture estime qu'il peut y avoir lieu à une autre peine disciplinaire, il réserve l'action pour être statué ultérieurement par le tribunal compétent, conformément au dernier paragraphe de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881. »

Nous avons dit plus haut, en effet, que la référence de cet article au paragraphe 5 vise uniquement le procédé que celui-ci institue, c'est-à-dire les réserves, envisagées en elles-mêmes, abstraction faite de leur contenu et des conditions mises à leur obtention. S'il en était autrement, le législateur de 1889 n'aurait pas semblé admettre, pour l'action civile, une restriction à des principes qu'il se bornerait à appliquer. La restriction, l'exception, est apportée au paragraphe 4 et non au paragraphe 5, dont la loi de 1889 ne modifie nullement l'application. Cette loi n'infirmé donc en rien le système que nous venons d'exposer.

VÉRITABLE NATURE DE LA RÉSERVE. — Ce qui peut prêter à équivoque, c'est que les termes employés par l'article 41 cinquième alinéa, paraissent attribuer au tribunal saisi du fond, un rôle qui n'est pas le sien. Dire que le tribunal « réserve l'action », c'est constater un résultat sans expliquer le mécanisme juridique servant à l'obtenir. En réalité le tribunal à part la constatation matérielle des faits, n'a compé-

tence, nous l'avons vu, qu'à une seule fin, la déclaration d'extranéité des propos tenus. Cette extranéité ainsi établie, ce n'est pas le tribunal qui donne aux intéressés le droit de recourir à telle ou telle action ultérieure, c'est la loi qui le leur accorde ; le tribunal lui, se borne à lever, en déclarant les faits étrangers à la cause, l'obstacle qu'opposait l'alinéa 3 de l'article 41, à l'application du droit commun. Cette barrière détruite les règles ordinaires reprennent leur empire, il n'y a aucune raison pour qu'elles ne le reprennent pas totalement.

Que cette conception soit la seule exacte, divers arguments servent à l'établir.

C'est, tout d'abord, la seule permettant d'expliquer ce fait que des réserves accordées à la partie publique, soient suffisantes pour ouvrir l'action civile et *vice versa*.

Ce résultat, très logique si l'on admet qu'une fois l'extranéité constatée, le retour au droit commun s'ensuit de plein droit, serait incompréhensible si l'on reconnaissait au tribunal un pouvoir propre pour réserver les actions ultérieures.

D'un autre côté, nous avons vu que la décision autorisant ces actions devait, outre la précision des faits, contenir la déclaration de l'extranéité des propos visés ; mais il ne paraît pas que la jurisprudence ait jamais exigé que l'action ultérieure soit expressément réservée par le tribunal. Si, dans la pratique, cette réserve se rencontre le plus souvent, on voit des cas où les juges se bornent à « donner acte à une

partie, des conclusions par elle prises aux fins de poursuites ultérieures ».

Cela n'est encore qu'un argument de forme et de procédure, mais il en est un beaucoup plus topique, parce qu'il touche le fond du droit, c'est l'impossibilité pour le tribunal de refuser les réserves lorsqu'il constate l'extranéité (1). Voilà qui confirme ce que nous disions plus haut. A quoi bon, en effet, reconnaître au tribunal un pouvoir dont il n'aurait pas l'exercice. La vérité, répétons-le, c'est que la réserve de l'action ultérieure est, non pas un droit conféré aux juges du fond, à côté de celui de déclarer l'extranéité, mais bien une conséquence juridique indissolublement attachée par la loi à cette déclaration. A ce point de vue, il est peut-être possible de dire que les juges réservent l'action, mais ce n'est là qu'une manière de parler. Les juges en dernière analyse, se bornent à constater l'existence d'une condition mise par la loi à l'application du droit commun. Cette condition une fois remplie, le droit commun s'applique, qu'ils le veuillent ou non.

2° DIFFAMATIONS ENVERS LES TIERS. — Le cas où la personne diffamée est un tiers, diffère de celui que nous venons d'étudier, en ce que le tribunal devant lequel l'incident s'est passé n'est plus exclusivement compétent pour apprécier si la diffamation est ou non étrangère à la cause.

On exprime généralement ce retour complet au droit commun en disant qu'alors les poursuites ne

1. Barbier, Matter et Rondelet, n° 804.

sont pas subordonnées à l'obtention de réserves (1).

Rien d'intéressant à signaler au sujet des actions devant le tribunal saisi, si ce n'est que, dans le cas où les tiers veulent les exercer, c'est par voie d'intervention (2) et non par voie de conclusions additionnelles qu'ils doivent le faire. Il y a au contraire, plusieurs particularités à noter en ce qui concerne les actions ultérieures.

a) *Action publique*. — Bien que le texte de l'article 41 ne le dise pas expressément, l'action est ouverte aux tiers comme l'action civile et ils peuvent agir à leur choix, soit devant la juridiction civile, soit devant le tribunal correctionnel par voie de plainte ou de citation directe. (3)

b) *Extranéité*. — Si les réserves ne sont pas nécessaires dans le cas qui nous occupe, la recevabilité de l'action n'en demeure pas moins subordonnée à la constatation de l'extranéité des propos incriminés (4).

En principe, c'est au juge de l'action en diffamation qu'il appartient de faire cette constatation, en appréciant les autres éléments de la cause.

1. *Pand. Franc.* repert. v^o diff. inj., n^o 1347.

2. Nous étudierons plus loin les règles de cette intervention à propos des dispositions du paragraphe 4 de l'article 41.

3. Chassan, t. I., page 89; de Grattier, p. 280, Le Poittevin, p. 504; Barbier, n^o 805; Fabreguettes, n^o 13; Cass., 5 juillet 1851, D. 51. 5. 408; Cass., 13 déc. 1883 (*Bull. Crim.* 1883 n^o 281); Trib. Toulouse, 5 déc. 1890 (*Gaz. Trib. midi*, 25 janv. 1891); Paris, 20 février 1895 (*Gaz. Pal.*, 26 mars 1895).

4. *Contra*: Faivre et Benoit Lévy, p. 200. Ils citent à l'appui de leur opinion un arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 1852, D. 52. 5. 438, qui a simplement décidé que, vis-à-vis d'un tiers, la déclaration d'extranéité peut n'être qu'implicite.

Mais, si les tiers lésés veulent éviter de soumettre cette question délicate à un tribunal souvent mal qualifié pour la solutionner, il leur est loisible d'intervenir en la cause principale pour demander aux juges devant qui la diffamation a été proférée, de constater, eux-mêmes, qu'elle était étrangère à la défense. Ce droit s'induit pour eux, des mots « dans tous les cas », employés par l'alinéa 5 de notre article et qui, venant après la mention des réserves imposées aux parties, signifient évidemment : « que l'action ait été réservée ou non ». D'où, possibilité d'une réserve (1).

Une pareille intervention étant formée par le tiers lésé, demandons-nous quelles en seront les conséquences ?

Ou bien le tribunal déclarera les faits diffamatoires étrangers à la cause, et la juridiction ultérieurement saisie aura le même rôle qu'en cas de diffamation vis-à-vis d'une partie.

Ou, au contraire, il estimera que les propos incriminés étaient utiles à la justification des conclusions, et son appréciation en ce sens fermera définitivement la voie à toute action nouvelle.

Si le tribunal se bornait à un donné acte pur et simple des réserves, sans déclarer les faits étrangers à la cause, cette décision, ne tranchant pas la question d'extranéité, n'aurait aucune conséquence à notre point de vue (2). Il en serait de même d'un jugement

1. Barbier, 805; Gahier, *la Diffamation et la loi* du 29 juillet 1881, p. 207; *Pand. Franç. rep. v° diff. inj.* n° 1353. *Contra* : Chassan, t. I, p. 90; Nîmes, 20 février 1823 (D. R. v° press. out., n° 1253).

2. Cass., 8 mars 1861, D. 61. 5. 376, précité.

déclarant l'intervention non recevable. Notons d'ailleurs que, devant un tel refus du tribunal, le tiers n'aurait qu'à intervenir aux fins de suppression, comme l'y autorise le paragraphe 4, il cesserait dès lors d'être un tiers, pour devenir partie en l'instance et, à ce titre, aurait droit à réserves, aux termes de l'alinéa 5 de l'article 41.

c) *Action disciplinaire*. — Reste à parler de l'action disciplinaire ; il paraît logique de décider que son exercice devant les juges de droit commun est soumis à la constatation de l'extranéité des propos diffamatoires, faute de quoi, les juges de l'audience seraient seuls compétents pour en connaître conformément à l'alinéa 4 (1).

Si cette constatation a été faite d'une manière quelconque par le tribunal saisi, l'action est ouverte sans conditions. S'il en est autrement, on doit attribuer à la juridiction de discipline la connaissance de la question d'extranéité, préalable à l'application d'une peine disciplinaire, d'après le principe que le juge de l'action est juge de l'exception.

Cette attribution de compétence à la juridiction disciplinaire, pourra causer des conflits, dans le cas où une action civile ou pénale serait intentée en même temps que l'action disciplinaire.

Examinons les différentes hypothèses susceptibles de se présenter.

Si le juge disciplinaire statuant sur la poursuite

1. V. *infra*, p. 233.

portée devant lui, avant que soit introduite l'action pénale ou civile, a décidé que les faits étaient, ou n'étaient pas étrangers à la cause, il semble conforme aux principes de dire que son appréciation ne s'imposera pas aux juges civils ou correctionnels (1). Mais au contraire, le juge disciplinaire doit respecter la chose jugée au civil ou au criminel sur la question d'extranéité, car le point qui lui est soumis est bien identiquement celui qui a déjà été solutionné judiciairement (2).

Cette dernière raison nous fait penser que si, au lieu de procéder successivement, les deux actions étaient intentées en même temps, il devrait être sursis à statuer par les juges disciplinaires, jusqu'à ce que la question d'extranéité ait été tranchée par les tribunaux ordinaires (3).

1. V. les principes qui régissent l'action disciplinaire et ses rapports avec les actions publique et civile exposés dans Carpentier. R. v^o Discipline judiciaire, chap. II, sect. 1, parag. 1 et Massonié, *op. cit.*, p. 102 et suiv. ; V. aussi Cass., 25 nov. 1856, D. 57. 1. 19 et Nancy, 10 mai 1873, D. 74. 2. 232.

2. Si nous avons admis le contraire dans le cas précédent, c'est qu'il semble peu d'accord avec l'ordre des juridictions, qu'un juge disciplinaire, chargé d'une mission spéciale et restreinte, puisse imposer sa décision à la juridiction investie d'une compétence générale et de droit commun.

3. V. Pau, 4 janvier 1881, D. 82. 2. 8 ; Cass., 9 nov. 1881, D. 82. 1. 281 ; Dijon, 5 déc. 1884, D. 85. 2. 44 ; V. aussi Massonié, *op. cit.*, p. 109.

CHAPITRE II

Fautes

Nous voici parvenus à la catégorie des discours que nous avons caractérisés comme constituant des fautes. Ce sont les propos injurieux, outrageants ou diffamatoires qui, se rattachant à la défense, en excèdent pourtant les justes limites (1). Ils ne peuvent jamais être punis comme délits, mais sont passibles des sanctions spéciales prévues en l'alinéa 4 de notre article. Ils jouissent de plus d'un privilège de juridiction, en ce que ces sanctions ne doivent être prononcées que par les juges saisis de la contestation au cours de laquelle l'incident s'est produit. Si les plaideurs étaient, à raison des excès de leur défense, recherchés devant d'autres juges, ils auraient à leur disposition, pour repousser cette action, une exception péremptoire, que son caractère d'ordre public permettrait même d'opposer pour la première fois devant la Cour de cassation (2).

1. Paris, 21 nov. 1901, S. 1907. 2. 13.

2. Cass., 14 mars 1910, S. 1910. 1. 281; Trib. civil de la Seine, 2 janv. 1899 (*Rev. de dr. intern. privé*, 1900, p. 777).

Les diverses mesures qui peuvent sanctionner les discours de notre catégorie, sont réglementées par l'alinéa 4 de l'article 41 de la loi de 1881 et par l'article 1036 du Code de procédure civile (1) ; rappelons leurs dispositions :

Art. 41, alinéa 4. — « Pourront néanmoins, les juges saisis de la cause et statuant sur le fond, prononcer la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires et condamner qui il appartiendra à des dommages-intérêts. Les juges pourront aussi, dans le même cas, faire des injonctions aux avocats et officiers ministériels et même les suspendre de leurs fonctions. La durée de cette suspension ne pourra excéder deux mois et six mois en cas de récidive dans l'année. »

Art. 1036. — « Les Tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dans les causes dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux et ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements. »

Nous allons étudier successivement les différentes sanctions prévues par ces textes.

§ 1^{er}. — **Suppression.** — Quand il s'agit d'un discours, (2) la suppression ne peut s'entendre que

1. Nous passons sous silence les articles 89 et 90 du Code de procédure civile dénués d'intérêt à notre point de vue.

2. Quand il s'agit d'un écrit, le juge peut se borner, comme pour les discours à un simple blâme, mais il peut aussi ordonner le dépôt de la pièce et sa destruction, ou l'apposition d'une mention de suppression en marge. La Rochelle, 21 août 1873, D. 75. 1. 227. Notons un arrêt de la Cour de Bordeaux du 7 août 1844, S. 45. 2. 552, qui a déclaré la suppression inapplicable aux discours.

d'un blâme infligé au plaideur, blâme tacite en cas de suppression pure et simple, mais qu'il est loisible au juge de formuler expressément (1).

Compétence. — On est d'accord pour poser en principe que le droit de suppression appartient à toutes les juridictions, civiles ou criminelles, ordinaires ou d'exception, judiciaires, administratives et même disciplinaires (2). Mais, dans la pratique, quelques divergences subsistent en ce qui concerne les chambres des mises en accusation (3), les juges de paix conciliateurs (4), etc...

Ces divergences sont regrettables dans un système qui reconnaît la généralité d'application de l'immunité. Comme nous avons eu l'occasion de le dire plus haut, elles sacrifient les intérêts des tiers, victimes d'injures ou de diffamations, devant les juges auxquels on dénie le droit de suppression.

Cependant, il paraît difficile d'autoriser des juridictions, devant lesquelles il n'y a pas de débats et partant pas de défense possible, à prononcer une mesure à laquelle on reconnaît le caractère d'une peine.

1. D. R. v^o press. out., n^o 1275; Barbier, n^o 792; Cons. d'Etat, 28 juil. 1866, D. 69. 3. 98.

2. Barbier, n^o 795; Carpentier, rep. v^o diff., n^o 1492.

3. Nous les mentionnons, pour envisager la question dans son ensemble, bien qu'il ne puisse devant elles que s'agir de suppression d'écrits. Contre la possibilité pour elles de prononcer la suppression. Cass., 25 août 1837, *Bull. crim.*, 252; Bastia, 27 déc. 1834, précité. *Contra*, D. rep. v^o press. out., 1409.

4. Contre : Carpentier, rep. v^o diff., n^o 1498. Pour : Barbier, t. II, p. 298.

La véritable solution consiste à considérer que la suppression, envisagée isolément, n'est pas proprement une peine, qu'elle frappe plutôt le discours, pris objectivement, que son auteur. C'est à la fois une mesure d'ordre et de police et une réparation pour la personne offensée (1). Si l'on adopte cette manière de voir, rien ne s'oppose à ce que l'on reconnaisse à tout organisme judiciaire le pouvoir de la prononcer, sans violer aucun des principes d'ordre public sur la liberté de la défense.

Procédure. — La suppression peut être prononcée soit d'office, soit à la demande du ministère public, ou de la personne lésée. Si celle-ci est partie en cause, elle prendra à cette fin des conclusions incidentes; si elle est tiers au procès pendant, elle y interviendra (2); son intervention sera toujours recevable (3), soit en première instance (4), soit en cause d'appel, et ce nonobstant les dispositions de l'article 466 du Code de procédure civile (5).

1. Chassan, t. III, p. 79 et 402; Cass., 5 avril 1839 (*Gaz. Tribi.*, 24 mars et 6 avril) et Fabreguettes, 9, note 1. Rapport du conseiller de Gayral, précité, sous Paris, 20 déc. 1858.

2. V. Cons. d'Etat, 29 mars 1889 et les conclusions de M. Wurtz commissaire du Gouvernement, D. 90.3.70. Celui-ci déclare « qu'il n'y a pas là intervention, mais un véritable recours d'appel principal, porté devant les juges du fond, en vertu d'une attribution spéciale de compétences ». Sur les formes de l'intervention. V. Nancy, 29 juillet 1911, D. 1912. 2. 17 et la note de M. Lalou.

3. Barbier, 794. Chateau-Thierry, 5 février 1888 (*Gaz. Pal.*, 1888. 1.396); Cass., 17 janv. 1900, S. 1902. 1. 475.

4. Cass., 19 juillet 1851, D. 51.5.417; 2 juillet 1866, D. 66. 1.430.

5. Cass., 10 février 1869, D. 70. 1. 135; 26 janvier 1886, S. 88. 1. 299; Poitiers, 17 nov. 1886, S. 88. 2. 57; Poitiers, 11 juillet 1892, D. 94. 2. 149. *Contrà* : Amiens, 1^{er} juillet 1851, D. 51. 2. 167.

A ce point de vue, il n'y a pas lieu, de s'occuper de la nature de la juridiction saisie.

Du moment où l'on admet qu'un juge a le droit de prononcer la suppression, on doit reconnaître que les tiers pourront, comme les parties lésées, lui en demander l'application (1).

Quoiqu'il en soit de cette question, aux termes de l'alinéa 4, c'est en statuant sur le fond, que le juge doit prononcer la suppression.

Nous avons dit plus haut comment il faut entendre ici le mot « fond » ; sa signification a été nettement précisée, en ces termes, par un arrêt de la Cour de Lyon du 21 juin 1871 (2) : « L'article 23 (aujourd'hui 41 § 4) doit être entendu en ce sens que le tribunal doit trancher la question de suppression au moment où il statue définitivement sur la contestation à propos de laquelle la diffamation ou l'injure a été commise, alors même que cette contestation serait incidente à une demande principale dont la solution est différée ». Le vœu de la loi est donc simplement que les juges statuent par un seul et même jugement sur la question de suppression et sur celle dont ils sont saisis quand se produit l'incident, lors même

1. En ce sens : Barbier, n° 794. *Contrà* : pour les juges aux ordres, les juges rapporteurs, les juges commissaires aux faillites et aux enquêtes : Fabreguettes, t. I, p. 14, note 1. Cét auteur n'admet pas le droit d'intervention devant eux, mais il l'admet devant le juge des référés. V. Paris, 30 juin 1884, *Lois nouvelles*, 84. 3. 134.

2. S. 72. 2. 201.

que cette dernière donnerait lieu à une déclaration d'incompétence (1).

La décision qui prononce la suppression doit être motivée sur le caractère injurieux, outrageant ou diffamatoire des paroles envisagées. Cette condition résulte des termes de l'article 41 paragraphe 4, et l'article 1036 Code procédure civile; qui en affranchit les écrits, ne s'applique pas aux discours.

Discours qui peuvent être supprimés. — Mais s'il faut, pour qu'ils donnent lieu à suppression et, plus généralement, à l'application des diverses dispositions de l'article 41, que les propos incriminés soient injurieux, outrageants ou diffamatoires, cela veut-il dire qu'ils doivent réunir tous les éléments constitutifs des délits d'injure, d'outrage ou de diffamation.

L'affirmative paraît généralement adoptée par la jurisprudence (2). La solution contraire nous semble préférable.

Tout d'abord, la construction juridique sur laquelle nous avons fait reposer l'immunité de l'article 41, conduit à dire que dans un grand nombre de discours prononcés en justice, l'intention coupable, élément essentiel du délit, fera défaut. Si l'on devait en prendre prétexte pour refuser d'appliquer la suppression, cette mesure deviendrait d'un emploi presque uniquement théorique.

De plus, l'élément de publicité pourra aussi man-

1. Paris, 20 décembre 1856. S. 58. 2. 32.

2. Le Poittevin, p. 461 et les arrêts cités par Carpentier, rep. V^o diff., 1444 et suiv.

quer et nous croyons que le juge aura néanmoins dans ce cas la faculté d'ordonner la suppression en se basant sur les dispositions de l'article 41 (1). Il n'y a, en effet, aucune raison logique de traiter différemment, au point de vue qui nous occupe, les injures, diffamations ou outrages, suivant qu'ils sont publics ou non publics.

D'ailleurs, à considérer le texte en lui-même, on remarquera que le paragraphe 3 de l'article 41 ne parle pas de *délit* d'injure ou de diffamation, mais bien *d'action* en injure ou en diffamation. Il peut donc s'appliquer à ces infractions non seulement quand leur caractère de publicité en fait des délits, mais aussi lorsque, faute de cet élément, elles deviennent de simples contraventions. Quant au paragraphe 4, il emploie les expressions discours injurieux, outrageants et diffamatoires, qui sont très compréhensives et dont on doit chercher la signification dans l'article 29 de la loi de presse.

Concluons donc, en relisant cet article, que les dispositions du paragraphe 4 de l'article 41 s'appliquent à toute « allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé », ainsi qu'à « toutes expressions outrageantes, termes de mépris ou invectives ne renfermant l'imputation d'aucun fait déterminé » (2).

1. En ce sens : Barbier, 791 et 796; Cass., 9 décembre 1874, P. 75. 380. *Contra* : Carpentier : rep., V^e diff., n° 1530.

2. Rien de particulier à dire de l'outrage, qui ne diffère pas par sa nature intrinsèque de l'injure et de la diffamation.

Voies de recours. — La suppression qui est toujours prononcée conjointement avec la décision sur le fond, participe, au point de vue de l'exercice des voies de recours, de la nature de celle-ci.

Elle sera susceptible d'appel ou d'opposition, en même temps, suivant les mêmes formes et devant les mêmes juridictions que cette décision.

Mais ces deux voies de recours ne seront données contre la suppression, qu'en tant qu'accessoire de la disposition principale du jugement. Il en résulte, d'une part, que l'opposition et l'appel sur le fond ouvriront ces voies de recours sur le chef de la suppression, mais, qu'inversement, la suppression, envisagée isolément, ne paraît pas susceptible d'appel ou d'opposition (1).

Quant au pourvoi en Cassation, il est toujours recevable, mais la Cour suprême, se fondant sur le mot « pourront » employé par la loi, reconnaît aux juges du fond, un pouvoir discrétionnaire pour refuser ou ordonner la suppression, si bien que, dans ce dernier cas, le jugement motivé sur le caractère injurieux, outrageant ou diffamatoire des discours visés, échappe à son contrôle (2). Le rédacteur du mot *presse*, *outrage*, au répertoire de Dalloz,

1. Chassan, t. III, p. 79; Barbier, 796; Cass., 13 déc. 1864, S. 65. 1. 28; Caen, 30 juin 1896 (*Le Droit*, 10 oct. 1896). *Contra* : de Grattier, t. I, p. 241; Carpentier, rep. V^o diff., n^o 1525.

2. Cass., 8 mai 1876, D. 76. 1. 259; Cass., 5 mai 1890, S. 93. 1. 189; Paris, 20 février 1895 (*Gaz. Pal.*, 26 mars 1895); Barbier, 796; Fabreguettes, n^o 9. *Contra* : D. R. v^o press. out., n^o 1474; De Grattier, *loc. cit.*; Cass., 30 janvier 1899, D. 99. 1. 254.

critique cette jurisprudence sous le prétexte que, s'agissant d'un délit, lorsqu'il y a lieu d'en reconnaître les caractères, le pouvoir de la Cour de cassation ne saurait être enchaîné par les appréciations des juges du fond. Cette objection ne tient pas, en face du système exposé plus haut relativement à la nature des faits prévus par l'article 4 de l'article 41. Ceux-ci ne constituent pas, en effet, un délit, mais une simple faute dont la répression est réservée aux juges de la cause principale, mieux à même que tous autres, d'en apprécier les éléments constitutifs.

§ 2. — **Dommages-intérêts.** — *Compétence.* — « Les juges saisis de la cause pourront condamner qui il appartiendra à des dommages-intérêts », dit l'alinéa 4 de l'article 41. La loi ne crée pas ici une voie de droit spéciale, elle se borne à établir une règle de compétence. Les dommages-intérêts, en effet, tirent leur principe de l'article 1382 du Code civil.

La compétence, ainsi attribuée au tribunal saisi, est voisine par nature, de celle édictée en matière pénale par les articles 181 et 505 C. I. C. Rappelons-nous, en effet, qu'en vertu de ces articles, ce n'est pas seulement la connaissance de l'action publique qui est attribuée au juge de l'audience, mais aussi celle de l'action civile née du délit (1). Cependant, la disposition que nous étudions est exorbitante du droit commun, car ici les articles 181 et 505 sont inapplicables, puisqu'il n'y a pas de délit. Il fallait donc un texte

1. V. *supra*, p. 173.

spécial pour donner, dans ce cas, compétence au tribunal saisi.

Mais, comme nous avons eu l'occasion de le dire, ce texte n'a certainement eu en vue que le cas ordinaire, celui où il s'agit d'une Cour ou d'un tribunal de droit commun. Il a voulu régler, en somme, une simple question de compétence *ratione personæ*, mais il serait excessif d'en tirer des conséquences de nature à bouleverser l'ordre des juridictions. La Cour de Paris (1) a appliqué ce principe avec rigueur, en refusant le droit de prononcer des dommages-intérêts à un tribunal de commerce, sous prétexte qu'un tel tribunal n'a jamais à statuer sur une action civile née à raison d'un délit. En sens inverse, la doctrine paraît accorder le droit de statuer sur les dommages-intérêts à tous les juges qu'elle autorise à prononcer la suppression (2).

Nous croyons que la vérité se trouve entre les deux systèmes. Il faut laisser de côté les idées de délit et de compétence pénale, qui n'ont rien à faire ici, et accorder le pouvoir de prononcer les condamnations pécuniaires prévues par notre article, à tous les tribunaux auxquels il peut appartenir de statuer sur une demande de dommages-intérêts quelconque.

C'est le cas pour les tribunaux de commerce et les juges de paix. Mais ce principe écarte les juges des référés, juges commissaires, juges rapporteurs,

1. Paris, 4 mars 1882, S. 85. 2. 54.

2. Carpentier, rep. v^o diffam., n^o 1501, n'en excepte que les conseils de préfecture et les juridictions disciplinaires.

chambres des mises en accusation, juges d'instruction, etc.

Ce que nous venons de dire conduirait à reconnaître compétence aux conseils de préfecture pour allouer des dommages-intérêts ; ainsi le décidait la jurisprudence antérieure à 1889 (1) ; mais la loi du 22 juillet 1889 est venue mettre fin à ces errements et l'on est d'accord pour en étendre la disposition au conseil d'Etat. Le juge d'appel ne pouvant connaître d'une question qui échappe à la compétence de celui du premier degré (2).

L'article 10 de la loi de 1889 est ainsi conçu :

1° « Sont applicables aux conseils de préfecture les dispositions... de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881.

2° « Néanmoins, si des dommages-intérêts sont réclamés à raison des discours et des écrits d'une partie ou de son défenseur, le conseil de préfecture réservera l'action, pour être statué ultérieurement par le tribunal compétent, conformément au dernier paragraphe de l'article 41 précité ».

En présence de la formule impérative : « Si des dommages sont réclamés, le conseil réservera », opposée à celle de l'alinéa suivant : « si le conseil estime », on serait tenté de croire que le conseil de préfecture n'a aucun pouvoir d'appréciation et qu'il est obligé de réserver l'action, dès qu'on le lui demande, quand bien même il ne relèverait aucun

1. Cons. d'Etat, 10 juillet 1885, D. 87. 3. 19 ; 28 janv. 1888, D. 89. 2. 28.

2. Cons. d'Etat, 27 juillet 1889, D. 91. 3. 26.

excès des droits de la défense. Tel ne peut cependant pas être le sens de cette disposition. La comprendre ainsi serait réduire à néant la nécessité de la réserve qu'elle institue.

Quelle raison logique, en effet, d'exiger une réserve si le conseil est obligé de l'accorder dès qu'on la lui demande ? Ce serait maintenir une formalité inutile pour les parties et dangereuse pour les tiers ; ceux-ci pourraient, en effet, faute d'avoir été prévenus à temps de l'injure ou de la diffamation, se trouver forclos de leur droit, sans avoir pu l'exercer. Autant eût valu alors déclarer les règles de procédure de l'article 41 applicables, sauf en ce qui concerne l'action en dommages-intérêts, laissée sous l'empire du droit commun.

Tenons donc pour certain que le conseil de préfecture saisi d'une demande de réserves, à fin d'action ultérieure en dommages-intérêts, devra examiner, avant d'y faire droit, si la partie actionnée a dépassé les justes limites d'une légitime défense. Dans la négative, il refusera de réserver l'action.

Qui peut être condamné à des dommages-intérêts.
— L'article 41, paragraphe 4, donne au tribunal saisi le droit de condamner à des dommages-intérêts « qui il appartiendra ». L'application de cette formule ne présente pas de difficultés si l'auteur des propos incriminés est la partie plaidante. Mais la possibilité d'une controverse surgit quand ce n'est plus la partie elle-même, mais son représentant, notamment son avocat, qui a outrepassé les droits de la défense. Lequel

alors, de l'avocat ou de son client, devra encourir une condamnation pécuniaire ?

Il semble qu'il y ait lieu, pour répondre à cette question, de reprendre la distinction déjà produite entre les injures en la forme, ou simples qualifications injurieuses et les allégations injurieuses, auxquelles on doit joindre toutes les diffamations (1).

En ce qui concerne les premières, les grossièretés, les violences de langage, elles ne sont jamais utiles à la cause ; de plus, elles sont le fait propre de l'avocat, puisqu'elles ne sont qu'affaire de forme et que la forme, c'est lui qui en est le maître. Il sera donc, dans ce cas, passible non seulement de peines disciplinaires (2), mais de dommages-intérêts, s'il échet. Il n'y a là, qu'une sanction logique du devoir de modération imposé au barreau, et exprimé par la maxime romaine : *Non probris, sed rationibus decertandum*, que l'on trouve traduite ainsi par les établissements de Saint-Louis (3) : « Et le doit dire courtoisement, sans vilénie dire de sa bouche, ne en fez ne en diz ». Si l'avocat manque à ce devoir, il commet une faute personnelle et il est juste qu'il en supporte seul les conséquences.

La situation n'est plus la même lorsqu'il s'agit d'articulations injurieuses ou diffamatoires, ayant un sens précis et qui peuvent avoir une utilité pour la

1. V. Sur une distinction analogue entre les « injures et les « faits », Chassan, t. I, p. 78.

2. Cresson, t. II, p. 56.

3. T. II, p. 272.

discussion. A leur égard, on se trouve en présence de plusieurs systèmes différents.

a) La doctrine moderne pose en principe que l'avocat est toujours personnellement responsable ; à cette responsabilité peut venir s'ajouter, mais sans la supprimer, celle du client, dans le cas où celui-ci a fourni à son défenseur les éléments de l'imputation diffamatoire et s'est réellement associé à la diffamation (1). M. de Grattier justifie cette théorie dans les termes suivants :

« Il ne suffirait pas, pour décharger l'avoué ou l'avocat de toute responsabilité, qu'il fût autorisé de son client à produire les faits injurieux ou diffamatoires ; il ne suffirait même pas qu'il eût reçu à cet effet un mandat exprès, ou bien que la signature ou l'assistance de son client pût être considérée comme en tenant lieu. L'indépendance et la dignité de leur profession repoussent une pareille immunité. L'avocat et l'avoué sont les premiers juges de l'affaire confiée à leurs lumières et à leur conscience. Ils doivent rejeter de la cause tout ce qui y est étranger, refuser de servir d'organe aux passions des parties et avertir leurs clients des dangers de la diffamation. Ils doivent en supporter les conséquences comme la partie qui se serait rendue leur complice. »

b) En face de ce système, se dresse celui du barreau, vers lequel paraît pencher la jurisprudence et qui se fonde sur la tradition.

1. Le Poittevin, t. I, p. 468 ; Barbier, 794 ; Fabreguettes, n° 8, de Grattier, t. I, p. 244.

Celle-ci a toujours été favorable à l'immunité absolue de l'avocat au point de vue des réparations civiles.

En 1739, une dame de la Roche-Boisseau, ayant eu à se plaindre de la plaidoirie de M^e Guéau de Rever-saux, demanda à mettre en cause cet avocat ; l'arrêt ordonna la suppression du mémoire par elle présenté à cet effet et interdit pour six mois le procureur qui l'avait signé (1).

Une consultation du barreau de Paris, aux avocats du Barrois, du 20 août 1777, s'exprime en ces termes :

« Si un fait avancé par un avocat dans ses écritures ou dans un plaidoyer, donnait lieu à un procès contre le procureur ou contre la partie, ni l'un ni l'autre ne pourrait former une demande ou sommation contre l'avocat. Un avocat dès lors qu'il est chargé des pièces a tous les pouvoirs pour la défense de la cause » (2).

Bien que cette déclaration ne vise pas spécialement l'hypothèse qui nous occupe, on peut considérer que dans notre ancien droit, en principe et sauf le cas de dol ou de faute lourde (3), l'avocat était seulement le porte-parole de la partie ; c'est à celle-ci que l'on devait demander réparation des excès préjudiciables. La jurisprudence moderne a, dans

1. *Nouveau Denisart*, v^o avocat, parag. 6, p. 735, n^o 3.

2. *Cresson*, t. II, p. 80.

3. *Laroche-Flavin*, « Treize livres des parlements de France », 1. III, ch. I, n^o 5 ; *Jousse*, p. 444 ; *Mollot*, t. I, p. 108.

plusieurs décisions; maintenu cette manière de voir (1); à moins que l'avocat ne se livre, de son propre mouvement, à des imputations outrageantes que ne commandent pas les nécessités de la défense (2), elle paraît tendre à le décharger de toute responsabilité.

c) Chacun de ces deux systèmes extrêmes a des inconvénients : si le dernier n'est pas assez protecteur des droits des tiers (3), le premier fait aux avocats une situation inadmissible, en les rendant responsables de fautes qu'ils n'ont pas commises.

S'il est vrai qu'ils doivent rejeter de la cause tout ce qui en est étranger, éloigner leurs clients de la passion et de la diffamation, il n'en reste pas moins que, malgré leurs avertissements, ceux-ci pourront présenter à leur avocat comme vrais, des faits inexacts. L'avocat, si ces faits, bien que calomnieux, ont un grand intérêt pour la cause, aura non seulement le droit, mais le devoir de les faire valoir et il agira ainsi de la meilleure foi du monde. La législation impériale, à laquelle on ne peut cependant reprocher trop de partialité pour le barreau, avait fait, dans une certaine mesure, application de cette idée dans l'article 37, § 2 du décret du 14 décembre 1810, ainsi conçu :

« Leur défendons (aux avocats) de se livrer à des

1. Paris, 23 Prairial an XIII (S. Ch.); Bruxelles, 23 juillet 1810 (*Pand. belges*, rep. v^o avocat, n^o 434); Bruxelles, 14 déc. 1849 (*id.*, n^o 158); Bruxelles, 31 déc. 1852 (*id.*, n^o 149).

2. Lyon, 23 fév. 1886, rec. arr. Lyon, 1886, p. 56.

3. D. R. v^o avocat, n^o 358; *Pand. franç.*, R. v^o avocat, n^o 742.

injures et personnalités offensantes envers les parties ou leurs défenseurs, d'avancer aucun fait grave contre l'honneur et la réputation des parties, à moins que la nécessité de la cause ne l'exige et qu'ils n'en aient charge expresse de leurs clients ou des avoués de leurs clients. »

Cependant cette disposition apparaît comme trop restrictive, en exigeant, pour la décharge de l'avocat, une sorte de mandat exprès du client. Sans aller comme l'arrêt de la Cour de Rouen du 7 mars 1835 (1), jusqu'à engager la responsabilité de celui-ci par cela seul que, présent à l'audience, il n'aura pas protesté contre les allégations de son défenseur, il semble que l'on doive simplement rechercher dans chaque espèce quel a été le véritable rôle de l'avocat.

N'est-il que l'interprète de son client, sans que rien puisse l'avertir de la faute commise par celui-ci, ce dernier doit seul en porter la peine.

Y a-t-il eu, au contraire, faute commune, il doit y avoir aussi communauté de responsabilité.

Est-ce enfin l'avocat qui, en dehors de son client, a tiré soit de lui-même, soit de renseignements erronés, ou d'un examen incomplet de l'affaire, les éléments de la diffamation à laquelle il s'est livré, on ne voit pas de bonne raison pour en faire pâtir le client qui n'a rien à se reprocher. Dire qu'il s'est associé au délit en ne protestant pas dès qu'il en a connais-

1. S. 35.2.211. D. R. v^o avocat, n^o 357. Dans le même sens, Bordeaux, 7 août 1844, D. 45.2.752.

sance, c'est oublier que, le plus souvent, il n'aura ni la capacité, ni la décision nécessaire pour le faire.

Ce sera donc, dans chaque affaire, une question de fait, que de savoir qui, de la partie ou de son avocat, encourra la condamnation aux dommages-intérêts, prévue par l'alinéa 4 de l'article 41.

Tout ce que nous venons de dire de l'action en dommages-intérêts motivée par des injures et outrages ou par des diffamations se rapportant à la cause, trouve également sa place quand il s'agit des diffamations qui y sont étrangères, visées par l'alinéa 5 de notre article (1). Si nous avons étudié la question à propos de l'alinéa 4, c'est que celui-ci mentionne expressément les dommages-intérêts et qu'il paraissait commode de traiter ici cette matière dans son ensemble.

Procédure. — A la différence de ce qui a lieu pour la suppression, les dommages-intérêts ne peuvent être alloués que sur les conclusions de la personne lésée, partie ou tiers.

Le jugement qui les prononce, est soumis aux voies de recours de droit commun (2). A part ces points de détail, toutes les règles formulées plus haut à propos de la suppression, s'appliquent ici, notamment celle qui oblige le tribunal à ne pas séparer l'incident du fond.

1. Chassan, t. I, p. 72, admet même que, si l'avocat peut être excusé lorsqu'il s'agit de diffamations visant les parties, il n'en est jamais de même quand elles s'attaquent aux tiers. V. Cass., 3 oct. 1806; D. R., v^o avocat, n^o 359.

2. Barbier, 796.

Cas où les dommages-intérêts sont réclamés à des tiers. — Cependant, une question se pose quand il s'agit de réclamer des dommages-intérêts à un avocat ou à un avoué. Dans quelle forme devra-t-on procéder ? La difficulté vient de ce qu'il paraît impossible pour le tribunal de prononcer une condamnation contre une personne étrangère au débat.

a) Barbier propose la solution suivante :

« Les principes généraux du droit, dit-il, nous paraissent s'opposer formellement à ce qu'une condamnation à des dommages-intérêts, en réparation du préjudice causé à la personne injuriée ou diffamée, puisse être prononcée contre les avocats ou avoués sans que ceux-ci soient personnellement mis en cause et appelés à se défendre. Ce serait donc par voie d'action principale à joindre au procès sur le fond, pour être statué sur le tout par un seul et même jugement, que la personne offensée devrait agir (1). »

b) Ce système ne paraît pas très satisfaisant.

En pratique, il présente, surtout lorsqu'il s'agit de discours prononcés et non d'écrits, qu'écarte notre sujet, un inconvénient notable. Pour introduire l'action principale que conseille Barbier, il va falloir recourir à une assignation ; or, les faits incriminés se passent souvent au dernier moment des débats, peu de temps avant le jugement qui termine ceux-ci et par lequel les personnes lésées seront forcloses de leur droit à réparation ; ces personnes jouiront

1. Barbier, 793.

bien rarement d'un délai encore suffisant pour faire délivrer à temps leur assignation.

D'ailleurs, là n'est pas la seule objection à faire au procédé en question. On prétend le justifier par l'exacte observation des principes du droit ; mais notons que l'article 41, § 4 donne au tribunal saisi, pour statuer sur les dommages-intérêts, une compétence qui est absolument déroatoire à ces principes. Il n'est donc pas très logique de s'attacher trop strictement à ces mêmes principes lorsqu'il s'agit de trouver les formes de procédure permettant d'utiliser cette compétence.

Mais, dira-t-on, le tribunal ne va pas pouvoir condamner une personne qui n'est pas partie en cause. Notons, tout d'abord que la jurisprudence assimile les avocats et avoués aux parties elles-mêmes lorsqu'il s'agit des diffamations auxquelles ils se livrent, ou qui leur sont adressées.

Allons plus loin : Quelles sont les raisons, de droit commun, qui ne permettraient pas de condamner une personne non partie en cause ? Il paraît y en avoir deux :

Premièrement, le tribunal ne peut statuer sur une action en dommages-intérêts dont il n'est pas saisi.

Ensuite, le tiers aux débats, n'y étant pas présent, ne peut s'y défendre, d'où impossibilité de le condamner sans l'entendre.

Nous avons répondu par avance à la première objection. On se trouve ici en présence d'une attribution de compétence exorbitante du droit commun.

Ce n'est donc pas dans les principes du droit commun qu'il faut aller chercher le mode de saisine du tribunal. Il est préférable de raisonner par voie d'analogie.

Comme nous l'avons dit, la solution consacrée sur ce point par l'alinéa 4 de l'article 41, est très voisine de celle des articles 181 et 505 du Code d'Instruction criminelle (1). L'action naît ici, non pas à proprement parler d'un délit. Bien qu'exercée indépendamment de toute action publique, elle conserve, par la volonté du législateur, une des caractéristiques de l'action qui sanctionne le délit d'audience, savoir : de rentrer dans la compétence du juge devant lequel l'incident s'est produit.

Rappelons-nous que le juge, d'après les articles précités, est saisi de plein droit de l'action publique et qu'ensuite, de simples conclusions lui permettent de statuer sur l'action civile. Ici, l'action publique disparaît, mais l'effet qu'elle produisait, en attribuant compétence pour l'action civile au juge de l'audience, est maintenu par la loi. Tout doit donc se passer comme si l'on se trouvait en présence d'une action civile, exercée accessoirement à l'action publique devant la juridiction saisie en vertu des articles 181 et 505.

En raisonnant sur cette base, on décidera que le

1. En ce sens, Fabreguettes, n° 10. « Le législateur a considéré que le discours ou l'écrit outrageant constituait une sorte de flagrant délit et, à titre d'accessoire au principal, on a donné au juge le pouvoir de prononcer ».

tribunal est rendu habile à prononcer une condamnation pécuniaire par le fait de la profération à l'audience d'un outrage, joint à l'intention manifestée par la victime d'en obtenir réparation.

Les conclusions ne jouent donc pas ici le rôle d'instrument unique de saisine, mais servent à formuler et à préciser cette intention. Cela fait, le tribunal est valablement saisi et rien, en droit, ne l'empêche de statuer. Quant à la raison de fait tirée de l'absence de l'auteur de l'outrage, qui l'empêcherait de se défendre, elle perd presque toute sa force lorsqu'il s'agit de discours. L'avocat ou l'avoué, qui les prononce, sera généralement présent quand se produira la réclamation de la personne lésée et, partant, à même de se défendre.

Supposons, par exemple, que le défenseur se livre, à l'audience d'une Cour d'assises, à des allégations injurieuses pour un tiers quelconque ; va-t-on obliger celui-ci à courir chez un huissier pour faire délivrer à l'avocat une assignation en dommages-intérêts ? Outre qu'une pareille procédure serait d'une régularité douteuse, elle risquerait fort de ne s'achever qu'après l'arrêt qui aurait dessaisi la Cour du droit de statuer.

On ne voit, dans ce cas, aucune bonne raison pour écarter la voie du dépôt de conclusions, beaucoup plus simple et plus rapide.

En résumé, quelle que soit la procédure en vigueur devant la juridiction envisagée, nous sommes tentés d'admettre que de simples conclusions, sans formes

spéciales, suffiront à saisir le tribunal de l'action en dommages-intérêts, contre un avocat ou avoué présent à la barre.

Mais, le principe que l'on ne peut être condamné sans avoir été entendu, étant fondamental de notre droit, si l'auteur des propos incriminés n'était pas présent à l'audience, il y aurait lieu de l'y appeler afin qu'il puisse se défendre ; le plus souvent, il faudrait alors avoir recours à une assignation.

Comparaison des dommages-intérêts et de la suppression. — Avant de quitter ce sujet, disons que les dommages-intérêts peuvent généralement être alloués au même titre et en même temps que la suppression. Cependant, outre les quelques différences de procédure que nous avons relevées entre ces deux institutions, notons encore une différence plus importante. La suppression étant plutôt une mesure d'ordre qu'une peine et, comme nous l'avons dit, s'attaquant plus au discours lui-même, qu'à son auteur, semble devoir être toujours prononcée dès qu'il y a excès, abus des droits de la défense, et ce, sans avoir égard à la faute commise. Au contraire, les dommages-intérêts frappent effectivement le plaideur. Pour qu'ils soient alloués, il faudra donc, non seulement qu'il y ait préjudice injustement causé, mais aussi, qu'à cet élément objectif s'ajoute un élément subjectif de culpabilité sans lequel la condamnation manquerait de base. On verra ainsi des décisions, en prononçant la suppression d'un discours ou d'un mémoire incriminé, refuser très

juridiquement d'ajouter à cette sanction celle des dommages-intérêts (1).

3° Injonctions. — Impression et affichage. — L'article 1036 du Code de procédure civile autorise les tribunaux à prononcer des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux (2) et ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements.

Applicabilité de l'article 1036 aux discours. — En ce qui concerne la suppression, le terme « écrits », employé dans le texte, ne semble pas permettre d'appliquer cette mesure aux discours parlés (3) ; nous ne nous en occuperons donc pas.

On peut même se demander si la totalité de cet article, et spécialement la disposition qui prévoit l'impression et l'affiche des jugements, ne reste pas lettre morte au point de vue qui nous occupe.

Il ne paraît cependant pas devoir en être ainsi.

a) Un premier système considère la partie de l'article 1036 visant ces modes de publicité, comme indépendante de celle qui, à propos de la suppression, parle des écrits.

1. Bastia, 8 février 1888, D. 88.2.317. Il est vrai qu'on cite des décisions qui, à l'inverse, ont prononcé des dommages-intérêts sans suppression, Avesnes, 4 décembre 1883, *Gaz. Pal.*, 84.1.320 ; Cass., 5 mai 1890, S. 93.1.189. Mais il est possible que la partie lésée ait seulement conclu à l'allocation de dommages-intérêts, sans demander la suppression ; s'il en était autrement, on n'apercevrait pas bien le fondement logique de pareilles décisions.

2. On doit considérer la partie de cet article visant la calomnie comme abrogée, depuis que le délit a disparu du Code pénal. Carpentier rep. v^o diff., n^o 1535. *Contra* : *Pand. franç.*, rep. v^o audience, n^{os} 680-709.

3. *Contra* : Carpentier rep. v^o diff., n^{os} 1530-1531.

Ces mesures pourraient donc intervenir même à propos d'un discours excessif, et ce, à titre de réparation supplémentaire, si le tribunal estimait insuffisantes celles consistant en suppression et dommages-intérêts (1).

Comme le dit le conseiller Réquier dans son rapport sur un arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 1873 (2) qui a consacré ce système : « Lorsque les tribunaux usent de la faculté que leur accorde cet article 1036, ce n'est pas une peine qu'ils prononcent, c'est une juste réparation du scandale produit par le fait de la partie condamnée; aussi la loi n'a pas, comme en matière pénale, déterminé les cas dans lesquels l'impression et l'affiche pourraient être ordonnées; elle a laissé aux tribunaux le soin de prescrire cette mesure d'ordre public dans toutes les circonstances où elle leur paraîtrait utile. »

b) Cette doctrine est vivement critiquée par Barbier (3); pour lui, la disposition finale de l'article 1036 est intimement liée à celles qui la précèdent, si bien que le jugement dont on peut prescrire l'impression et l'affiche, est précisément celui prononçant la suppression ou les injonctions. Décider le contraire, serait donner aux tribunaux un pouvoir arbitraire que le législateur de 1881 a voulu leur ôter en abro-

1. Fabreguettes, n° 9.

2. D. 73. I. 444.

3. (797) en ce sens : Cass., 14 juin 1854, D. 54. I. 389; Cass., 6 juin 1882, p. 82, 1024. D. R. v° affiche; n° 87; *Pand. franç.*, rep. v° audience, 408.

geant l'article 26 de la loi du 26 mai 1819 (1).

Notons cependant que la controverse ne présente pas un grand intérêt pratique car, même si l'on admet le système de Barbier, on n'anéantit pas entièrement l'application des deux mesures répressives en question aux discours tenus en justice. Il restera toujours loisible aux tribunaux d'adresser à leurs auteurs des injonctions (2), par un jugement dont il prescrira l'affiche et l'impression. Or la loi n'a rien dit quant à la forme et au contenu des injonctions ; on peut y voir, en même temps qu'une défense de récidiver, une sorte de blâme des paroles prononcées (3) ; si l'on se rappelle qu'en matière de discours la suppression consiste aussi en un blâme, en une sanction d'ordre moral, on en vient à penser que ces deux mesures, en l'espèce, se rapprochent singulièrement. Peut-être pourrait-on même dire que la suppression est une sorte d'injonction ; mais, sans aller jusque-là, le tribunal qui voudra, à titre de sanction d'un discours excessif, ordonner l'impression et l'affiche du jugement qui le supprime, n'aura qu'à assortir cette suppression d'injonctions adressées au plaideur, et ces injonctions, en dehors de toute autre considération, serviront de base juridique à la publication du jugement.

1. Cet article disposait qu'en matière de crimes et délits de publication, l'impression ou l'affiche de l'arrêt pouvait être ordonnée aux frais du condamné.

2. L'article 1036 ne restreint pas, en effet, la possibilité d'adresser des injonctions au seul cas où il s'agit d'écrits.

3. V. *Pand. franç.* R. v^o audience, n^o 701.

Procédure. — La possibilité pour les tribunaux de prescrire d'office ou sur les réquisitions du ministère public, l'affiche et l'impression de leurs jugements, est contestée par ceux qui voient seulement dans cette publicité une réparation civile d'un genre particulier (1). Il semble au contraire que les partisans de la théorie adverse doivent l'admettre, puisque pour eux, ces mesures se lient intimement aux autres dispositions de l'article 1036 et sont de nature identique.

La dualité de points de vue, amène encore des divergences dans la solution d'une autre question : celle des voies de recours.

Pour la théorie qui assimile entièrement les mesures de publicité à des dommages-intérêts, en sollicitant l'impression et l'affiche, on formule une demande indéterminée, d'où possibilité d'appel contre le jugement qui les prononce s'il émane d'un juge du premier degré (2). Barbier au contraire enseigne ici, comme en matière de suppression, que ces mesures ne sont, envisagées isolément, susceptibles d'aucune voie de recours ordinaire (3).

Quant au pourvoi en cassation, il est toujours admis, mais il ne faut pas oublier que les juges du fond sont souverains appréciateurs des faits qui provoquent les sanctions infligées.

Ils ne sont même pas tenus, comme lorsqu'ils

1. Fabreguettes, n° 9, p. 31, n. 2.

2. Fabreguettes, *loc. cit.*

3. 797.

appliquent l'article 41 de la loi de 1881, de motiver leur décision sur le caractère injurieux, outrageant ou diffamatoire des discours incriminés.

L'article 1036 leur donne, en effet, toute latitude, en employant la formule très large : « Les tribunaux pourront... suivant la gravité des circonstances... »

Autre différence avec l'article 41, l'article 1036 n'oblige pas les tribunaux à statuer en même temps sur le fond et sur l'incident. Cependant il ne faudrait pas s'illusionner sur l'importance de cette remarque, car les juges ne peuvent supprimer les discours et allouer des dommages-intérêts qu'en vertu de l'article 41 ; ils n'auront donc la faculté de statuer par disposition séparée que s'ils se bornent à prononcer de simples injonctions basées sur l'article 1036.

Forme de la publicité. — Le tribunal peut ordonner l'un ou l'autre des deux modes de publicité prévus par l'article 1036, ou tous les deux à la fois. S'il indique la forme de l'insertion et de l'affiche, les parties sont tenues de se conformer à ces prescriptions (1). S'il ne spécifie rien, elles ont le choix de publier le jugement par extraits ou en entier, de le faire afficher où bon leur semblera et sous telle forme qu'il leur plaît, à condition toutefois, de ne pas s'écarter du type ordinaire des affiches. Le prix de cette publication, qui est recouvré par voie de taxe, ne peut, même au cas où le jugement n'aurait pas fixé de maximum, être indéfiniment augmenté

1. Paris, 1^{er} juin 1831, S. 31. 2. 105. De Grattier, t. I, p. 505.

au gré des intéressés. Ceux-ci doivent se conformer aux usages reçus.

La disposition de l'article 1036 ne préjudicie pas au droit que toute personne possède, en vertu de l'article 39 de la loi de 1881, de publier les jugements rendus en sa faveur, sans engager sa responsabilité (1) à moins que cette publication ne soit faite manifestement avec intention de nuire (2). Toutefois cette dernière publicité diffère de celle autorisée par l'article 1036 ; elle ne peut avoir lieu que par la voie de la presse, aux frais de celui qui la requière, et porte seulement sur le dispositif et les motifs du jugement, non sur les qualités (3).

Toutes les solutions inverses sont admises en vertu de l'article 1036, néanmoins, si large que soit celui-ci, il ne semble pas autoriser d'autres procédés de publication que l'affiche et l'insertion dans les journaux (4).

Avant de quitter ce sujet, examinons une question qui n'est pas dénuée d'intérêt : la décision qui ordonne l'insertion dans un journal déterminé a-t-elle pour ce journal une force obligatoire ?

1. Cass., 2 février 1883, *Bull. crim.*, 33. Barbier, 750.

2. Aix, 6 février 1857. D. 57.2. 133.

3. Barbier, 750. Fabreguettes, n° 15 et 9, p. 32, note 3.

4. Carpentier rep., v° diff., n° 1534. A l'appui de son opinion cet auteur cite un arrêté du Conseil d'Etat du 30 avril 1875. D. 75.3. 100, qui a refusé de prescrire l'impression de sa décision sous forme de mémoire à déposer au greffe pour être distribué dans le public. Mais il est à remarquer que cet arrêté est motivé en fait sur l'inutilité d'un semblable mode de réparation et perd ainsi toute sa valeur doctrinale sur la question controversée.

Il faut, d'une manière générale répondre négativement. Sauf le cas, très rare dans l'espèce qui nous occupe, où le journal envisagé a été condamné à recevoir l'insertion comme partie à l'instance, il est absolument libre de se refuser à insérer une décision judiciaire à laquelle il est étranger. Peu importe que le prix lui en soit offert et que l'insertion ait été ordonnée par justice. Le journal constitue, en effet, une propriété privée dont les tribunaux ne peuvent disposer en dehors des cas expressément prévus par la loi (1).

4^e Peines disciplinaires. — Nous laisserons de côté, pour ne nous attacher qu'aux peines disciplinaires proprement dites, les injonctions dont parlent les articles 41, paragraphe 4, et 1036. Il n'y a, en effet, rien de particulier à en dire, elles sont une simple application du pouvoir de police que possède à son audience tout tribunal, tout juge exerçant une juridiction quelconque. Elles ne constituent pas l'exercice de l'action disciplinaire, si bien que, nonobstant la règle *non bis in idem*, le fait qu'un avocat a été l'objet d'injonctions à l'audience, ne met pas obstacle à l'application ultérieure des véritables mesures de discipline, avertissement, suspension, etc... (2).

1. Fabreguettes, 9, p. 33. Dutruc 88. Cas., 13 août 1880, 11 juil. 1892, 1^{er} mars 1893. Paris, 16 nov. 1892. Cités par Fabreguettes, *loc. cit.*

2. Carpentier rep., v^e avocat 983, 984. Grenoble, 7 juillet 1827. D. 28. 2. 13.

Compétence. — Si l'on s'en tient à celles-ci, la première question qui se pose est de savoir quelles juridictions peuvent les prononcer.

On a vu plus haut (1) les controverses qui se sont élevées à ce sujet. Nous n'hésitons pas à nous rallier au système dominant en doctrine, qui refuse ce droit aux tribunaux d'exception.

Nous avons admis, en effet, que l'article 41 de la loi de 1881, n'avait pas eu pour but de modifier l'ordre des juridictions et les règles fondamentales de la compétence absolue. Or, en notre matière, ces règles sont formulées par l'article 103 du décret du 30 mars 1808, qui donne aux « Cours et tribunaux de première instance » le pouvoir de réprimer les fautes de discipline commises à leur audience.

Cette manière de voir trouve un appui dans les travaux préparatoires de la loi du 22 juillet 1839 qui, dans son article 50, en a fait l'application aux conseils de préfecture.

Le rapporteur au Sénat, M. Clément, s'exprimait en ces termes... : « Le droit de suspendre les avocats et les officiers ministériels serait plus exorbitant encore. La loi a eu directement en vue le fait ordinaire qui entrerait dans ses prévisions naturelles : les fautes commises à l'audience par les avocats et avoués, dans les causes portées devant les cours et tribunaux près desquels ils exercent leur profession. Les juges sont alors parfaitement placés pour appré-

cier les fautes à réprimer ; il n'en est pas de même d'une juridiction exceptionnelle, et il est difficile d'admettre, en particulier, qu'un conseil de préfecture puisse interdire pendant un certain temps à un avocat ou à un avoué, qui ne s'est peut-être présenté que très accidentellement devant lui, l'exercice de sa profession devant la cour et devant le tribunal auxquels il est attaché ».

Tenons donc pour certain que l'article 41, paragraphe 4, dans sa partie relative aux peines disciplinaires proprement dites, ne peut être appliqué que par les cours et tribunaux de droit commun, auxquels il faut ajouter la Haute-Cour, en vertu de l'article 3 de l'ordonnance du 30 mars 1835 (1), et le Conseil d'Etat, vis-à-vis des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (2).

Notons d'ailleurs, que les juridictions d'exception ne se trouvent pas absolument désarmées car, outre le droit d'adresser des injonctions, sans formes déterminées, elles reçoivent de différents textes des pouvoirs spéciaux.

Ces textes sont :

1. Ce texte visait la Cour des pairs, à laquelle est substituée aujourd'hui la Haute-Cour ; il s'exprime en des termes qui semblent bien indiquer qu'à défaut d'une exception expresse, cette juridiction ne jouirait pas du pouvoir disciplinaire : art. 3 : « La Cour des pairs et son président demeurent investis, à l'égard des avocats, de tous les pouvoirs qui appartiennent aux cours d'assises et aux présidents de ces cours ».

2. Art. 14, ord. 10 sept. 1817. Carpentier rep., v^o audience, n^o 265.

Les articles 10 et 11 du Code de procédure civile, pour les juges de paix.

Les articles 114 et suivants du Code de justice militaire pour l'armée de terre, 144 et suiv. du Code de justice militaire pour l'armée de mer.

Enfin les articles 89 et 90 du Code de procédure civile et 504 du Code d'instruction criminelle, dont l'application est générale (1).

Ceci dit quant à la compétence, nous examinerons d'abord le cas des tribunaux investis du pouvoir disciplinaire et ensuite celui des juridictions qui ne le possèdent pas.

a) CAS OU IL S'AGIT D'UNE JURIDICTION INVESTIE DU POUVOIR DISCIPLINAIRE. — Lorsqu'un discours injurieux, outrageant ou diffamatoire (2), est tenu devant un tribunal de la première catégorie, il peut être réprimé disciplinairement, soit d'office, soit sur les réquisitions du ministère public (3). Mais, en tout cas, celui-ci doit être entendu en ses conclusions et

1. V. Lois du 19 juill. 1845, art. 26 — 3 mars 1849, art. 42 — 24 mai 1872, art. 24 et 27 — 22 juillet 1889, art. 50.

2. Lorsque le discours constitue une faute, sans présenter les caractères généraux de l'un de ces délits, les règles que nous allons exposer subissent quelques modifications, notamment quant à la durée de la suspension, qui pourra atteindre un an au lieu du maximum de deux mois et six mois en cas de récidive, de l'article 41, et à la possibilité d'une action devant la juridiction disciplinaire ordinaire.

3. Il ne semble pas appartenir aux parties lésées de conclure à l'application d'une peine disciplinaire, mais il paraîtrait logique de leur reconnaître le droit d'adresser une plainte au tribunal, par analogie de l'article 15 de l'ordonnance de 1822. *Contra*: Nancy, 29 juillet 1911, D. 1912. 2. 17, et note de M. Lalou.

l'inculpé en sa défense (1). Ce sont là les seules formalités substantielles, mais le tribunal est libre, s'il le juge utile, de recourir aux moyens de preuve ordinaires, notamment à l'enquête (2). Il doit statuer immédiatement, ce qui ne veut pas dire à l'audience même où le fait a été commis (3), mais simplement avant d'être dessaisi du procès qui a provoqué l'incident (4). Il pourrait même prononcer sur le tout par un seul et même jugement, quel que soit l'ordre dans lequel la décision sur la faute disciplinaire et celle sur l'instance principale seraient rendues (5).

Voies de recours. — Le jugement, prononçant une peine disciplinaire, est soumis aux voies de recours ordinaires, opposition quand l'inculpé n'était pas présent (6), et appel si la peine est supérieure à la réprimande (7).

1. *Pand. franç.*, rep., v^e audience, n^o 794; Cass., 10 janv. 1852, S. 52.1.477.

2. *Eod. loc.*, n^{os} 803-804; Cass., 24 déc. 1836. S. 37.1.11.

3. *Contra*: Grenoble, 7 juillet 1827, D. 28.2.13.

4. En ce sens: Consult. du barreau de Paris au barreau de Moissac, du 13 août 1881 rapporteur Colmet-Dange; Cresson, t. II, p. 54; Cass., 23 avril 1850, D. 50.1.315, 28 mars 1882, D. 82.1.282, 22 mai 1890, D. 90.1.495; Nancy, 29 juillet 1911, précité.

5. Cass., 5 avril 1889 (*Jal. min. publ.*, 1890, p. 8).

6. Quand bien même il n'aurait pas été appelé: Bastia, 17 juillet 1857, S. 57.2.669; Lyon, 18 août 1441. S. 41.1.629. *Contra*: Barbier, 707.

7. Art. 103 du décret de 1808. Barbier, 707; Carpentier: v^e audience, 310-311; Orléans, 2 mai 1855, S. 55.2.759.

Contra: Mollot, p. 220, note 1; Dupin, Rep. v^e: avocat, n^o 98; Carnot, *Discipline jud.*, n^o 31. Toutefois cette restriction ne s'applique qu'au droit d'appel de la partie condamnée; celui du ministère public est plus étendu et s'exerce dans tous les cas. Cresson, t. II, p. 172-173; Bordeaux, 10-avril 1861, S. 61.2.529.

Ces voies de recours s'introduiront dans les formes et délais propres aux juridictions desquelles émanent les décisions attaquées (1).

L'appel n'est pas suspensif (2). et la juridiction qui doit en connaître est déterminée par la nature de celle qui a prononcé la condamnation (3).

Quant au pourvoi en Cassation, l'article 103 du décret de 1808 paraît le limiter au cas où la peine prononcée est au moins la suspension. Mais, on reconnaît généralement qu'il pourra toujours se produire pour incompétence, excès de pouvoir et même pour violation quelconque de la loi, notamment pour violation du droit de défense. Les juges du fond sont d'ailleurs souverains appréciateurs de la nature et de la gravité des fautes relevées, et leur décision échappe, à ce point de vue, au contrôle de la Cour suprême (4), à condition toutefois qu'ils aient soin de la motiver en fait (5) et d'affirmer l'existence de l'intention coupable chez le délinquant (6).

1. Carpentier, v^o audience, n^o 315; Barbier, 707. Ce dernier auteur émet l'avis qu'il y aurait lieu, pour les décisions rendues par les tribunaux civils, de procéder comme en matière correctionnelle. A l'inverse, dans l'aff. Em. Ollivier, le ministère public, bien qu'il s'agit d'un jugement du tribunal correctionnel, s'était opposé à ce que le greffier reçût l'acte d'appel, D. 60. 1. 98 et 99.

2. Carpentier, rep. V. audience, n^o 313.

3. Nîmes, 28 avril 1836, S. 36.1.440; Cass., 10 fév. 1860, D. 60.1.96; Nancy, 29 juillet 1911, précité; Cass. crim., 25 janvier 1918 (*Gaz. Trib.*, 15 février); Barbier, 707; Cresson, t. II, p. 178. *Contra*: Chassan, t. III, p. 122.

4. Cass., 7 avril 1860, S. 60.1.494, 23 avril 1875 précité; 17 nov. 1881, D. 82.1.281.

5. D. 60.1.147. Notes 1 et 2 sous Cass., 7 avril 1860, précité.

6. Cass., 21 mai 1878, D. 79.1.17.

Ici encore la nature de la juridiction dont on attaque la décision, détermine les formes et délais du pourvoi, ainsi que la Chambre de la Cour de cassation qui devra en être saisie.

Possibilité d'action ultérieure. — Que se passera-t-il, lorsque les tribunaux n'auront pas usé du droit que leur accorde d'une manière générale l'article 103 du décret de 1808 et plus spécialement l'article 41, § 4, de la loi de 1881 ?

A cette question, on répond d'ordinaire que la compétence ainsi attribuée aux tribunaux, n'est pas exclusive et qu'ils peuvent se contenter de dresser procès-verbal des faits, pour en renvoyer la connaissance au juge disciplinaire de droit commun (1).

Chassan est d'un avis opposé : « Les juges de l'audience, dit-il, sont seuls compétents pour la répression disciplinaire, aucune autre juridiction, pas même celle du Conseil de discipline ou des chambres réunies du tribunal ou de la Cour, n'a le droit de statuer sur ces infractions. Les dispositions combinées du paragraphe premier de l'article 103 du décret de 1808, de l'article 16 de l'ord. de 1822 et surtout de l'article 23 de la loi de 1819, présentent un sens exclusif et impératif, qui s'accorde d'ailleurs avec ce qui est enseigné par la raison » (2).

Une doctrine aussi absolue est parfaitement d'accord avec la théorie que cet auteur professe sur

1. Carpentier, rep. v^o avocat, n^o 977 ; Cresson, t. II, p. 54.

2. Chassan, t. III, p. 96 ; dans le même sens : Morin, t. I, n^o 234 et Aix, 8 septembre 1821, S. 22.2.306.

l'exclusivité de la compétence du tribunal saisi, en matière de délits d'audience. Mais, si l'on rejette cette théorie, comme le fait la jurisprudence, dans le cas de délit pénal, on doit en faire autant pour les fautes disciplinaires et admettre, en principe, la recevabilité de l'action ultérieure.

Cependant, il semble qu'il y ait lieu d'apporter à ce principe une exception lorsque la faute présente les caractères de l'outrage, de l'injure ou de la diffamation (1). La combinaison des paragraphes 3 et 4 de l'article 41 ne laisse place, dans ce cas, à l'exercice d'aucune action basée sur les faits spécifiés, autre que celles prévues par l'alinéa 4. Celui-ci mentionne des peines disciplinaires parmi les mesures permises à titre exceptionnel; d'où il résulte que la formule du paragraphe précédent s'applique même à l'action disciplinaire.

En présence d'une disposition analogue pour l'action en dommages-intérêts, la jurisprudence décide que le tribunal saisi doit statuer lui-même et qu'il ne serait pas admis à réserver l'action pour être statué ultérieurement par les juges de droit commun (2). Les raisons de décider sont les mêmes en matière disciplinaire.

Disons donc que, si l'infraction consiste en discours prononcés pour la défense et ayant un caractère injurieux, outrageant ou diffamatoire, le tribu-

1. Et pour cette dernière, quand elle est, de plus, non étrangère à la cause..

2. Rouen 30 janv. 1879, sous Cass. 17 août 1881. D. 82. I. 297.

nal à l'audience duquel les faits se sont passés, est exclusivement compétent pour connaître de l'action disciplinaire. S'il ne statue pas lui-même aucune autre juridiction ne pourra le faire (1), quand bien même des réserves auraient été accordées à cette fin.

b) JURIDICTIONS DÉPOURVUES DU POUVOIR DISCIPLINAIRE. — Supposons maintenant, que les discours outrageants injurieux ou diffamatoires soient tenus devant des juges dépourvus du pouvoir disciplinaire. Ce cas sera très rare avec le système de la jurisprudence, mais il n'est pas néanmoins impossible à rencontrer.

La stricte logique devrait alors conduire à refuser toute action disciplinaire.

Le principe posé par l'alinéa 3 de notre article, demeure intact ; les mesures exceptionnelles de l'alinéa 4 sont inapplicables ; toute réserve est impossible, admettre le contraire serait ajouter à la loi ; donc immunité totale et absolue.

Hâtons-nous d'ajouter que, pour logique qu'elle soit, une pareille solution est si peu pratique que personne ne semble l'admettre, et qu'on reconnaît unanimement la compétence des juges de droit commun (2).

Le seul moyen de mettre la logique d'accord avec les nécessités de la pratique, serait de généraliser

1. *Contra* : Massoné, *op. cit.*, p. 231.

2. Carpentier, v^o audience, n^o 256.

par voie législative, la disposition de l'article 50 de la loi du 22 juillet 1886, en permettant à tout juge devant lequel la faute se produit, de réserver expressément la poursuite disciplinaire.

CHAPITRE III

Droit

Nous arrivons à la troisième catégorie de discours prononcés en justice, ceux qui n'excèdent pas les limites d'une légitime défense. Constituant l'exercice d'un droit, ils ne peuvent donner lieu à aucune sanction (1). Ce serait à tort que les juges, se basant sur ce fait que les discours en question présentent un caractère injurieux, outrageant ou diffamatoire, se croiraient en droit d'user à leur égard des mesures répressives du paragraphe 4 de l'article 41.

La jurisprudence a fait, à maintes reprises, application de ce principe que le conseiller Georges Lemaire, rapporteur d'un arrêt du 19 juin 1888 (2), avait très nettement formulé en ces termes : « (L'avoué)... n'a fait qu'user d'un droit, ou plutôt accomplir un devoir ».

Ici, nous n'avons donc plus à étudier les sanctions existant contre la défense, c'est la défense qui, à son

1. Barbier, 792; Dupin, t. I, p. 654

2. Cass., 19 juin 1888; D. 88. 1.449. Cons. d'Etat, 13 janvier 1893, S. 94. 3. 110.

tour, va pouvoir réclamer des voies de procédure pour faire respecter son droit.

Supposons ce droit violé ; qu'un arrêt soit rendu, faisant grief à une partie dont la défense a été entravée. Un premier moyen compètera à cette partie : le recours en Cassation pour violation des droits de la défense. Nous l'étudierons d'abord.

Mais ce n'est pas tout : L'exercice de la libre défense peut rencontrer des obstacles, soit de la part des magistrats de l'audience, soit de la part de simples particuliers.

Il nous paraît incontestable que le magistrat qui, entravant la liberté du défenseur, viole ainsi les droits de la défense, commet une faute professionnelle. Nous examinerons très rapidement comment sa responsabilité peut être mise en jeu et quelles sanctions elle comporte.

Quant aux particuliers qui troubleraient la discussion judiciaire, leurs actes constitueront le plus souvent des délits d'audience, passibles des répressions spéciales à ce genre d'infraction ; nous n'aurions rien à en dire si, à ce propos, ne se posait une question intéressante, celle de la qualité de personne publique de l'avocat injurié ou diffamé.

Nous diviserons donc cette partie de notre étude en trois sections :

1^o Recours en Cassation pour violation des droits de la défense ;

2^o Responsabilité des magistrats qui attentent aux droits de la défense ;

3^o L'avocat, injurié ou diffamé à l'audience, est-il un simple particulier ou une personne qualifiée ?

SECTION PREMIÈRE

Recours en cassation pour violation des droits de la défense

Le principe de la liberté de la défense est de droit naturel et, bien que la loi n'attache pas expressément à sa violation la sanction de nullité, il est unanimement admis (1) que la décision en dernier ressort entachée de ce vice, est susceptible de recours en cassation. Bien plus, la nullité en résultant est tellement substantielle qu'elle peut être proposée pour la première fois devant la Cour de cassation, (2) et doit même être suppléée d'office (3), sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les matières civiles, criminelles ou disciplinaires (4).

Sur la question de principe, tout le monde est

1. Carpentier, rep., v^o Défense, n^o 2; D. R., v^o Cass., n^o 1375; D. C. inst. crim. ann., art. 408, n^o 184 et suiv. Ce n'est là d'ailleurs qu'une application de cette règle d'équité, formulée par M. A. Le Poittevin, dans sa préface à l'ouvrage de M. Massoné sur *la Juridiction du Barreau*: « Quiconque prétend être dans son droit, doit être muni d'un recours. »

2. Cass., 11 fév. 1841 : D. R. v^o inst. crim., n^o 1332, I.

3. D. R. v^o Cour de cassation, n^o 1942.

4. La violation des droits de la défense donne-t-elle ouverture à cassation en tant que violation de la loi, ou comme violation des formes prescrites à peine de nullité? en faveur de la première opinion. V. D. R., v^o Cour de cass., n^o 1375; en faveur de la deuxième, qui paraît plus conforme à la nature des choses et aux termes des art. 408 et 413 C. I. C., V. Carpentier, rep., v^o Cass. mat. civ., n^o 499.

d'accord, mais sur son application, il y a des difficultés.

S'agit-il de prescriptions précises, édictées d'une manière nette et déterminée par des articles de loi ne prêtant pas à interprétation, il est toujours facile de savoir si la loi est ou n'est pas respectée, et le rôle de la Cour de cassation s'exerce aisément. Quand les droits de la défense dont on relève l'inobservation sont de cette nature : droit de parler le dernier (art. 335 C. I. C.), droit de requérir qu'il soit tenu note des variations des témoins (art. 318), droit de ne pas être jugé avant les cinq jours de l'arrivée dans la maison de justice (art. 261, 296, 302), le pouvoir de contrôle de la Cour suprême ne peut faire doute.

Mais, dans la matière que nous étudions, les droits de la défense sont loin d'avoir cette précision. Aucun texte n'en détermine exactement la portée. On les trouve bien indiqués dans divers art. de lois, art. 153 ; 187 ; 210, 319, 335 C. I. C. ; 85 C. pr. civ. ; art. 14 de la loi du 24 août 1790 (1), mais à vrai dire, comme le proclame un arrêt de la Cour de cassation du 20 juillet 1826 (2), c'est plutôt dans l'esprit général des Codes et les principes du droit naturel, qu'ils trouvent leur fondement. Pour se rendre compte des difficultés auxquelles se heurte ici l'intervention de la Cour suprême, il suffit de se rappé-

1. V. réquisitoire du Proc. gén. Dupin sous cass., 23 août 1848, D. 48. I. 175.

2. D. R., v^o défense, n^o 128 (1).

ler la formule dans laquelle celle-ci résume elle-même les droits de la défense à ce point de vue (1) : l'accusé et son conseil ont le droit de dire tout ce qui peut être utile pour la défense dudit accusé.

Etablie sur cette base, l'étendue des droits de la défense va devenir une pure question de fait, et les arrêts répètent à qui mieux mieux que les juges du fond sont souverains appréciateurs de l'utilité pour la cause des propos envisagés.

Ne va-t-il pas résulter de là que le recours en cassation se trouvera en notre matière pratiquement supprimé ? Pas absolument ; il peut arriver, en effet, que le jugement qui restreint abusivement les droits de la défense, ne soit pas motivé exclusivement sur l'inutilité des propos visés ; qu'il se présente, en quelque sorte, comme une décision de principe (2) posant et tranchant une question de droit.

C'est une Cour d'appel qui refuse de laisser l'avocat répliquer, parce que la réplique, obligatoire en matière criminelle, n'est que facultative au correctionnel.

C'est une Cour d'assises qui interdit au défenseur de faire connaître au jury la peine encourue par le fait incriminé, ou bien, sous le prétexte que le débat doit être oral, de lire une consultation médicale (3).

1. Cass., 20 juillet 1826, précité.

2. *Pand. franç. Rep.*, v^e audience, n^o 811 et notes 1 et 2 sous Cass., 7 avril 1860, D. 60. I. 147.

3. Cass. 21 juin 1851, D. 51. I. 175 ; Cass., 7 pluviôse an. VIII (D. R. v^e défense, n^o 131), 11 août 1808 (*cod. loc.*, n^o 130) ; Cass., 8 juillet 1886 (*Bull. crim.*, n^o 246).

La Cour de cassation se reconnaît compétente pour apprécier les décisions ainsi rendues. Pourquoi ? La raison en est simple : dans toutes ces espèces, on trouve des solutions générales, débordant le cadre des faits de la cause et basées sur des considérations de principe essentiellement soumises au contrôle de la Cour suprême.

Il n'en aurait pas été de même si les juges du fait s'étaient bornés à arrêter l'avocat en alléguant l'inutilité des développements auxquels il voulait se livrer.

D'autres exemples vont nous montrer, dans ce cas la Cour de cassation désarmée.

Voici une Cour d'assises qui interdit la communication d'une lettre anonyme comme inutile. « La Cour, dit l'arrêt de cassation, en déclarant que la communication demandée était inutile aux intérêts de la défense, a fait une appréciation qui échappe à la censure de la Cour de cassation » (1).

Un arrêt du 12 décembre 1845 (2) est encore plus explicite : « Attendu, y est-il dit, que l'appréciation des faits ou des pièces qui se rattachent au procès, appartient à la Cour d'assises qui, seule, peut apprécier en connaissance de cause les limites dans lesquelles la défense doit se renfermer. »

Il faut donc poser, en règle générale, que si les juges dont la décision est attaquée comme attentatoire aux droits de la défense, ont eu soin de la motiver en fait,

1. Cass. 11 janv. 1851, D. 51. 4. 162.

2. D. 46. 4. 126.

leur appréciation, notamment au point de vue de l'utilité des propos envisagés, échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Toutefois, cette règle n'est pas absolue ; la Cour suprême n'est jamais liée, même par les principes qu'elle applique le plus régulièrement, et l'on ne peut douter que, devant une procédure où, à maintes reprises, les droits de la défense auraient été systématiquement et abusivement restreints, la Cour n'hésiterait pas, même si toutes ces restrictions étaient motivées en fait, à voir dans leur ensemble une violation certaine des droits de la défense, viciant la décision rendue.

Conclusions de donné acte. — Quoi qu'il en soit, le plaideur désireux de se ménager un recours, agira prudemment en prenant des conclusions, afin de se faire donner acte du fait qu'il entend considérer comme une violation des droits de la défense. L'habileté, dans cette matière, consistera à poser la question dans des termes tels que les juges soient obligés de la trancher en droit, ou tout au moins, ne puissent s'abriter derrière des motifs de fait pour rendre leur décision inattaquable.

De pareilles conclusions seront doublement nécessaires :

D'une part, si le défenseur ne protestait pas contre la violation de ses droits, on pourrait le considérer comme y ayant acquiescé ou mieux, car il est douteux qu'en pareille matière un acquiescement couvre la

nullité (1), comme n'ayant pas demandé à user de la faculté accordée par la loi (2). Il paraîtrait reconnaître, en se taisant, que son droit s'est exercé dans des conditions d'étendue et de liberté suffisante.

Nous nous trouvons, en effet, en présence d'un attribut du droit de défense constituant une simple faculté. Il ne peut, par suite, y avoir ici violation de ce droit que si le défenseur, demandant à user de ladite faculté, en a été injustement privé (3). Cette considération fait la principale utilité des conclusions de donné acte (4). Mais celles-ci en ont encore une autre : c'est d'être la constatation et la preuve d'une cause de nullité dont, tout au moins en matière civile, la jurisprudence n'admet pas que l'on puisse rechercher les éléments en dehors de la décision attaquée elle-même (5).

« La présomption de la loi, dit un arrêt de la Cour de cassation du 12 ventôse an IX, est toujours en faveur des magistrats et pour la régularité de leurs actes ! En conséquence, on ne peut alléguer contre un jugement, un vice de forme qui ne résulte pas de sa teneur, ou tout au moins de constatations authentifiées par les juges eux-mêmes. »

1. D. C. *inst. Crim. ann.*, art. 408, n° 22 et s.

2. V. en ce sens : Cass., 20 août 1840, D. 40. 1. 340 et 7 nov. 1840, D. 41. 1. 136.

3. V. l'article. 408 C. inst. crim.

4. Cass. crim., 22 janv. 1857, D. 57. 1. 131.

5. Carpentier, rep., v° Cass. (mat. civ.), n° 3166 et suiv. ; Cass., 12 vent. an IX 1814 ; fructidor an II ; 23 fructidor an VIII (Dal. Rep., v° Cour de Cass, nos 1327 et suiv.)

Ajoutons que le tribunal ou la cour appelé à statuer sur une telle demande de donné acte, doit le faire par décision motivée, car il y a là un incident contentieux qui nécessite également les conclusions du ministère public (1).

SECTION II

Responsabilité des Magistrats

Nous arrivons à d'autres modes de protection des droits de la défense, agissant, non plus sur le jugement qui a méconnu ces droits, mais sur les personnes qui les ont indûment entravés.

Il appartient au président de chaque juridiction de diriger souverainement les débats qui se déroulent devant celle-ci ; mais ce pouvoir de police, si étendu soit-il, ne doit pas dégénérer en restriction systématique et abusive de la liberté de la défense, et il semble incontestable que le magistrat dont l'attitude à l'audience aurait nettement cette signification, commettrait une faute disciplinaire. D'ailleurs, qu'il se borne à empêcher sans raisons le développement nécessaire des arguments des parties, ou qu'il aille jusqu'à se livrer, à l'occasion de leur défense, à des attaques injustifiées contre celles-ci ou contre leurs défenseurs, il faudra toujours que les faits relevés se caractérisent nettement comme un dépassement voulu et tendancieux du droit de police du président.

1. Carpentier : v^o Cour d'assises, n^{os} 5992 et 5996 et suiv ; Cass., 22 janvier 1857, D. 57. 1. 131, précité.

Cette condition une fois remplie, on ne peut nier que la personne lésée ne soit théoriquement recevable à mettre en mouvement l'action disciplinaire, suivant les formes prévues par les lois du 30 août 1883 et du 20 avril 1810. Même solution en ce qui concerne la violation des droits de la défense par les officiers du ministère public.

Malheureusement, si ces principes paraissent certains en théorie, il faut reconnaître qu'ils ne sont guère susceptibles d'application pratique. Sauf en présence de faits véritablement scandaleux, la plainte au Garde des Sceaux restera probablement sans échos, quand elle émanera de simples particuliers.

Sur ce terrain, la défense demeurera désarmée, à moins que ses intérêts ne soient pris en mains par une collectivité, notamment par le Conseil de l'Ordre des avocats. « Le Conseil de l'Ordre, écrit Cresson (1), a toujours revendiqué avec fermeté, quand celle-ci a été nécessaire, les droits de la libre défense. »

Il intervient très licitement soit au moyen de démarches de ses chefs auprès des magistrats (2), soit en se substituant à l'avocat offensé pour l'exercice des voies de droit mises à la disposition de celui-ci (3).

1. T. II, p. 239.

2. V. Notamment arrêté du Cons. de l'Ordre de Paris du 1^{er} mai 1860.

3. Agen, 31 mai 1888, S. 89.2.43; Cass., 21 nov. 1888, S. 89.1.107, *sic*. Conclusions du Proc. gén. Dupin sous Cass., 12 mai 1858, S. 58.1.459.

Mais il ne peut pas faire œuvre de juridiction vis-à-vis d'un magistrat, censurer ses actes, critiquer sa conduite, enfin s'arroger sur lui un pouvoir qui appartient seulement aux organes investis vis-à-vis de la magistrature d'un pouvoir disciplinaire (1).

C'est ici le lieu d'insister sur un incident mentionné plus haut, et qui met bien en lumière cette substitution du barreau à ses membres offensés et les limites qui ne doivent pas être franchies en cette matière. Nous voulons parler de l'affaire Parquin (2). En 1833, le premier président Séguier avait, à une audience de la Cour de Paris, prononcé des paroles offensantes pour un des membres les plus honorables du barreau : M^e Marie. Il méconnaissait en même temps les droits de la défense ; aussi, le 18 août suivant, le Conseil de l'Ordre prit-il un arrêté de protestation se terminant ainsi :

« Le Conseil, au nom de l'Ordre des avocats, proteste contre la profession de principes attentatoires aux droits du barreau et contre les expressions injurieuses contre M^e Marie, que s'est permise M. le premier Président Séguier. Copie de la présente protestation sera adressée par M. le Bâtonnier à M. le premier Président. »

Ainsi fut fait, et ce dernier accepta la leçon. Tout aurait dû en rester là, mais cet incident était appelé

1. Rouen, 24 mars 1847, S. 48.1.118 ; Bordeaux, 4 août 1858, S. 59.2.369 ; Montpellier, 21 janv. 1880, S. 89.2.158 ; Cresson, t. II, p. 266.

2. D. R., v^o Avocat, n^o 412-413, précité.

à prendre les proportions d'une véritable guerre entre la magistrature et le barreau. Celui-ci, en effet, ne se tint pas pour satisfait et à la rentrée des conférences, le bâtonnier Parquin prononça un discours qui contenait le passage suivant : « ... Une décision mémorable, dont la place est déjà retenue dans les annales du barreau français, alla jusque sur son siège, saisir l'offenseur et lui infligea un blâme sévère. Et cette décision, ce blâme, ils ont été acceptés en silence... Fasse le ciel, mais j'en doute encore, que la sévère leçon que nous avons donnée, porte ses fruits, et que l'Ordre ne soit pas poussé par de nouvelles offenses, à prendre d'autres et plus rigoureuses mesures ».

C'était trop ; le surlendemain, 30 novembre 1833, le Procureur général Persil obtint ordonnance de citation contre le bâtonnier Parquin. Le 5 décembre, celui-ci comparaissait, en la chambre du conseil devant les Chambres réunies de la Cour, accompagné de M^{es} Mauguin, Hennequin et Dupin jeune, délégués pour l'assister par le Conseil de l'Ordre. De son côté, le Procureur général s'y présenta, avec trois avocats généraux et sept substituts, et prit des réquisitions qui visaient le barreau tout entier. La lutte était engagée, son issue ne pouvait être douteuse et, malgré le déclinatoire d'incompétence soulevé par le bâtonnier, celui-ci se vit infliger la peine de l'avertissement.

Cet exemple, pour être un des plus remarquables, n'est pas le seul. Cresson, en en rapportant d'au-

tres (1), constate d'ailleurs que, depuis longtemps, le Conseil de l'Ordre a renoncé à des protestations de ce genre.

Mais il cite de nombreux cas où le bâtonnier, après délibération du Conseil, a porté aux autorités supérieures et jusqu'au Garde des Sceaux, des réclamations du barreau. « Elles ont toujours, dit-il, été écoutées avec l'attention que mérite une mesure délibérée, et justifiée par de graves circonstances.

On peut donc considérer qu'une des plus précieuses et énergiques sauvegardes du droit de défense, est constituée par cette intervention du barreau, prenant en mains les intérêts de ceux de ses membres dont les droits sont lésés.

SECTION III

Qualité de l'avocat attaqué à raison de sa plaidoirie

Nous venons de voir quelles protections trouve la défense violée par un magistrat, voyons maintenant ce qui se passe quand cette violation émane d'un simple particulier.

Rien de spécial à dire du cas où l'attaque s'adresse à la partie elle-même, il y a là une voie de fait ne dérogeant en rien aux règles du droit commun. Le plus souvent, elle constituera un trouble à l'audience et sera réprimée comme tel. Le seul cas qui doive retenir l'attention, est celui où l'injure, la diffama-

1. Tit. XIV, chap. IV.

tion, la violence quelconque, provoquée par la défense ou ayant pour but de l'entraver, vise un avocat. La question se pose alors de savoir si l'avocat est traité comme un simple particulier, ou s'il profite des garanties spéciales dont les articles 222 du Code pénal et 31 et 32 de la loi de presse entourent les personnes publiques.

Dans notre ancien droit, l'avocat jouissait d'une situation privilégiée (1).^{*} Camus dans ses lettres sur la profession d'avocat (t. I, p. 8. et 9), citant l'ordonnance de Lorraine de 1707, qui assurait la liberté de la défense, s'exprime en ces termes :

« L'ordonnance ajoute que si aucune partie puissante ou autres venaient par ressentiment à insulter un avocat ou à commettre à son égard quelques voies de fait, il serait procédé extraordinairement contre les coupables et il en serait fait une punition exemplaire à la satisfaction de la partie offensée et du public.

« Nous n'avions pas besoin, en France, d'une ordonnance semblable ; les magistrats devant lesquels nous défendons les intérêts des citoyens, sont trop convaincus de la liberté qu'exige notre ministère, pour ne pas la maintenir sans qu'une ordonnance le leur enjoigne ».

Dans l'état actuel de notre législation, la question est très controversée :

1. V. Carpentier répertoire, v^o avocat, n^o 401 et suiv. et les auteurs qu'il cite.

a) Merlin estime que les articles 224 et suivants du Code pénal s'appliquent à l'avocat insulté à l'audience, et il en donne comme raison que les avocats ne méritent pas moins la protection de la loi que les officiers ministériels dont parlent ces articles.

Grellet-Dumazeau enseigne la même doctrine, qu'il base sur ce que l'avocat, étant tenu de prêter serment avant d'exercer sa profession et jouissant du privilège de plaider seul devant les cours et tribunaux civils, est un auxiliaire officiel de la justice, revêtu à ce titre d'un caractère public (1).

b) Barbier professe une théorie moins radicale (2); pour lui, « l'avocat agit, tantôt comme simple particulier, tantôt comme citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public ». Non seulement il lui reconnaît cette qualité, d'accord avec l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence, quand il supplée un magistrat, mais encore, lorsqu'il est désigné d'office, pour défendre un accusé, ou une partie en matière civile, car, en pareil cas son ministère est forcé et constitue véritablement un ministère de service public. Même solution, quand il est chargé, conformément à l'article 467 du Code civil, de donner son avis sur une transaction intéressant un mineur. Il va plus loin encore et il émet l'avis, il est vrai à titre de simple souhait, que les diffamations adressées à un avocat doivent tomber sous le coup de l'article 31, lorsqu'elles

1. Merlin, rep., v^o avocat; Grellet-Dumazeau, t. 1, p. 412.

2. Barbier, n^o 502; dans le même sens: *Pand. franç.*, rep., v^o Diff., inj., 896. 97.

consistent en l'imputation d'un manquement aux devoirs de sa profession, fixés par les lois et règlements (1).

c) La majorité de la doctrine et la jurisprudence considèrent les avocats comme de simples particuliers. Ils défendent des intérêts privés et non ceux de la société, confiés aux magistrats du ministère public. Ils ne détiennent aucune part, soit de la puissance, soit de l'administration publique; si, en retour de la protection qu'elle leur accorde, la loi leur impose, à titre de devoir professionnel, la défense d'office des accusés, il ne s'ensuit pas qu'ils puissent être considérés comme chargés d'un service ou d'un mandat public (2).

Il est vrai que les auteurs leur reconnaissent, à titre d'officiers de justice, la protection spéciale de l'article 91 du Code de procédure civile (3), mais cette concession n'est pas bien intéressante, car, par suite de modifications législatives ultérieures, l'article 91 n'est plus en vigueur que dans des cas très rares (4).

1. *Contra* : D. R. suppl., v^o press. out., n^o 977.

2. Lille, 20 sept. 1884 et Douai, 10 nov. 1884 (*J. dr. crim.*, 85, p. 228. D. suppl. v^o pr. out., n^o 967 (1); Paris, 19 fév. 1895 (*Jal. Minist. public*, 95, p. 70); Cass., 10 avril 1895 (*Pand. franç.*, 96. 1. 439); Cass., 4 janv. 1894, D. 97. 1. 337; Trib. Carpentras, 5 déc. 1913, D. 1913. 2. 148; Chassan, t. II, n^o 1375; Le Poittevin, t. II, n^o 851; Cresson, t. II, p. 61 et 62; Duvéau, *Protection du titre d'avocat*, p. 314-315; Fabreguettes, n^o 314, *in fine* (toutefois la note 2, p. 477, donnerait à penser que cet auteur n'est pas éloigné de la doctrine de Barbier).

3. D. *Cod. pén. annoté*, art. 222, 223, n^o 272, 273, D. R., v^o press. out., n^o 747; Barbier, 702.

4. Barbier, 703.

On peut donc dire que, dans le droit actuel, l'avocat n'est pas, en théorie, plus protégé qu'un plaideur quelconque, contre les attaques des tiers ou de ses adversaires. En fait, c'est encore au Conseil de l'Ordre qu'il appartiendra d'intervenir auprès du parquet pour obtenir satisfaction. Son rôle s'est bien souvent manifesté en cette matière (1) et il est fort utile. En effet, si l'on proclame très haut « que la magistrature ne peut oublier que l'insulte adressée à l'avocat, s'adresse aussi à la justice », on est frappé de voir combien, en pratique, la sévérité de la répression de ce genre d'infractions s'est atténuée depuis l'ancien droit. Cette atténuation devient surtout très sensible quand on la compare à la rigueur déployée pour punir les outrages envers les fonctionnaires.

Un pauvre diable de vagabond, qui se plaint d'avoir été maltraité par un gardien de prison et auquel le procureur fait remarquer qu'il aurait dû signaler le fait au magistrat municipal, répond : « Vaudrait autant avoir affaire au Pape qu'à Mr... » Malgré ses excuses on le condamne à... deux ans de prison et l'interdiction des droits civiques (2). Mais qu'un témoin, mécontent de la plaidoirie d'un avocat, l'interpelle en pleine Cour d'assises, dans ces termes : « Espèce de maquereau, brute, sale voyou, vache ; sors, je t'aurai bien ». Le tribunal le condamne à...

1. V. les ex. cités par Cresson, t. II, p. 61 et 62 et par Merlin, *le Nouveau Denisart* et le rep. des *Pand. belges*, v^o avocat, n^o 679).

2. Yvetot, sous Rouen, 4 décembre 1830 (D. v^o press. out., n^o 679).

50 francs d'amende (1). On ne peut s'empêcher de trouver que ces deux décisions manquent de proportion et qu'à se montrer tellement indulgente pour les outrages adressés à qui lui touche de si près, la justice risque de perdre un peu de son prestige.

1. Carpentras, 5 décembre 1913, précité.

APPENDICE I

Situation des témoins et experts

Nous avons étudié jusqu'ici, le régime des discours prononcés par les parties et leurs défenseurs. D'autres personnes encore ont le droit de parler en justice ; on peut les répartir en deux groupes : les témoins et experts (1), d'une part, les magistrats, de l'autre. Pour chacun d'eux, comme pour les parties, nous examinerons les sanctions qu'ils peuvent encourir, puis les mesures qui les protègent.

SECTION PREMIÈRE

Mesures répressives

A. — Responsabilité. — Il est incontesté que les témoins doivent bénéficier d'une immunité analogue à celle des parties, mais, si l'on est d'accord sur la question de principe, les divergences commencent lorsqu'il s'agit de déterminer la nature et l'étendue de cette immunité.

1. La situation de l'expert ne présentant aucune particularité, nous raisonnerons toujours sur le cas du témoin, auquel un arrêt de la Cour de Caen du 11 juin 1883 l'a assimilé, en lui faisant application du premier système exposé ci-dessus (*la Loi*, 2-3 juin 1884).

PREMIER SYSTÈME. — *Application de la loi de presse.* — Un premier système, auquel la jurisprudence s'était d'abord ralliée, consiste à appliquer purement et simplement aux témoins, toutes les dispositions de l'article 23 de la loi du 17 mai 1819 (art. 41 de la loi de 1881) (1), en considérant le témoignage comme un « discours prononcé devant les tribunaux ». Les témoins bénéficieraient donc, en principe, de l'immunité du paragraphe 3, mais pourraient se voir appliquer les mesures répressives du paragraphe 4, et même être l'objet d'une action pénale, conformément au paragraphe 5. Ce système, bien qu'en contradiction avec les travaux préparatoires de la loi de 1819, pouvait à la rigueur s'appuyer sur les termes très généraux de son article 23. Mais, depuis 1881, il trouve un démenti formel dans le nouveau texte ; la rubrique du chapitre IV, paragraphe 5, porte en effet : *Immunité de la défense*, montrant bien par là, que les parties seules y sont visées.

De plus, il a l'inconvénient pratique de ne pas garantir suffisamment le témoin, qui, bien qu'ayant déposé sous le contrôle du président, n'est pas sûr d'être à l'abri d'une poursuite ultérieure. Cette poursuite, d'ailleurs, semble presque mettre en cause le président lui-même, auquel on paraît reprocher un

1. Cass., 8 décembre 1876, D. 77.1.505 ; Angers, 5 février 1877, D. 77.5.349 ; Cass., 13 décembre 1883 (*Bull. crim.*, n° 281).

manque de surveillance sur la déposition qu'il était chargé de diriger (1).

DEUXIÈME SYSTÈME. — *Immunité absolue*. — Aussi, ce système est-il abandonné par la dernière jurisprudence, qui reconnaît au témoin une immunité absolue.

Le fondement de cette immunité doit être recherché, non dans la loi de 1881, mais dans le rôle même du témoin. Celui-ci est obligé de dire la vérité, et, par contre, il doit jouir d'une indépendance complète (2). Il se trouve dans une de ces situations exceptionnelles faisant présumer que celui qui a publié un fait diffamatoire n'a pas eu l'intention de nuire à la personne que ce fait concerne (3).

Nous avons vu précédemment que l'immunité de la défense naît d'une présomption semblable. Ici, la présomption n'est pas écrite dans la loi, ou pour mieux dire n'y est plus écrite ; elle était, en effet, expressément formulée par l'article 367 du Code pénal de 1810, qui, après avoir défini la calomnie, s'exprimait ainsi, on s'en souvient, dans son paragraphe final :

« La présente disposition n'est point applicable aux faits dont la loi autorise la publicité, ou à ceux que l'auteur de l'imputation était, par la nature de

1. *Pand. franç.*, rep. v^o diff. inj., n^o 1213.

2. Dutruc, 319.

3. Dalloz rep., v^o press. out., 887.

ses fonctions ou de ses devoirs, obligé de révéler ou de réprimer. »

L'article 367 a disparu de notre Code pénal, mais on admet généralement que le principe formulé par son deuxième alinéa, simple énonciation d'une règle de droit naturel et de bon sens, a survécu (1). Le témoin doit parler ; Or, là où est le devoir, ne peut être le délit. Sa déposition, étant forcée, manque toujours, comme le dit un jugement du tribunal de Louvain (2), d'un élément essentiel à ce genre d'infractions, la spontanéité.

La majorité de la jurisprudence, paraît fixée en ce sens et, en conséquence, admet seulement la responsabilité du témoin au cas de faux témoignage. Notons d'ailleurs qu'alors, ce que l'on punit, c'est le parjure et non la diffamation.

Des arrêts, déjà anciens, avaient appliqué ces principes (3) ; puis un revirement s'était produit dans le sens du premier système, mais la jurisprudence est revenue à ses anciens errements par un arrêt de la Chambre des requêtes du 5 août 1884, rendu au rapport de M. le conseiller Petit (4).

L'annotateur de cet arrêt dans le recueil de Dalloz,

1. Rousset, n^{os} 2383-2384.

2. Louvain, 21 août 1874, *Belgique judiciaire*, 1875 ; Limelette, *Code pénal appliqué*, p. 224 ; *sic.* Cass., 1^{er} juillet 1825 (D. R., v^o témoin, n^o 267).

3. Cass., 1^{er} août 1806. (D. R., v^o pr. out., 919) (4^o) ; Cass., 1^{er} juillet 1825 (D. R. v^o témoin, n^o 264).

4. Cass., 5 août 1884, D. 84.1.457 ; Trib. Lille, 22 juillet 1896 (*Le Droit*, 14 août 1896) ; Paris, 11 février 1907 (*Le Droit*, 11 avril 1906) ; Trib. Grasse, 17 mai 1912 (*Gaz. Trib.*, 1912.2.45).

en résume les grandes lignes, en des termes que l'on peut considérer comme la formule de cette théorie :

« La déposition du témoin, dit-il, exposée, à l'audience où elle se produit, à toute l'ardeur de la discussion, ne peut ultérieurement, fût-elle préjudiciable à la considération des tiers, servir de base à aucune action civile, répressive ou disciplinaire ; s'étant produite sous la surveillance du président, juge exclusif du point de savoir si elle était utile et afférente à la cause, elle est réputée de droit avoir constitué dans toutes ses parties l'accomplissement d'un office public, nécessaire à la justice et qui doit, dès lors, mettre celui qui l'a rempli, à l'abri de toute recherche ».

Le conseiller Petit, dans son rapport, en développant les raisons de droit qui militaient en faveur de cette solution, avait rappelé les paroles de M. de Serres, garde des Sceaux, lors de la discussion de la loi du 29 janvier 1822 : « Le témoin ne peut être responsable de ses dépositions que dans le cours des débats et dans le cas de faux témoignage. Mais une fois les débats terminés, il n'y a plus à revenir sur ses dépositions, le tribunal en ne les attaquant pas l'a déchargé de toute responsabilité ».

Le tribunal de Grasse, dans un jugement du 17 mai 1912 (1), a donné le dernier mot de cette théorie : « Le tribunal, dit-il, proclame l'immunité

1. Précité.

absolue du témoin ». Une grande partie de la doctrine s'est ralliée au système de la jurisprudence (1).

3° *Système restrictif*. — Néanmoins, des auteurs considérables (2) professent un système beaucoup moins favorable aux témoins, qui paraît être également celui de la jurisprudence belge (3) et a, en France, été adopté par quelques arrêts. Ce système se rapproche de celui de l'immunité absolue, en écartant l'application aux témoins de l'article 41, mais s'en éloigne, en n'admettant pas leur irresponsabilité complète.

Il les fait bien bénéficier d'une présomption de bonne foi, mais présomption simple, souffrant la preuve contraire. Une fois cette présomption détruite, le droit commun reprend son empire et, si les témoins s'écartent de la ligne du devoir, ils sont soumis à la responsabilité pénale ordinaire (4).

Ils pourront donc, non seulement se voir appliquer la répression immédiate des délits d'audience, mais aussi être l'objet de poursuites ultérieures.

Cette doctrine a été très nettement formulée dans un Arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 1851, (5) qui s'exprime en ces termes :

1. Le Poittevin, p. 434 ; Dutruc, 319 ; Chassan, t. I, p. 111 ; de Grattier, t. I, p. 203.

2. Barbier, 781 ; Fabreguettes, n° 2386.

3. *Pand. belges*, rep. V° Calomnie, n° 66 et s. Bruxelles, 5 mars 1829 ; Verviers, 17 nov. 1854 ; Bruxelles, 1^{er} fév. 1881.

4. Rousset, n° 2385.

5. D. 1851.5.416 ; *sic.* Cass., 10 mai 1821, précité ; Cass., 24 déc. 1821 (D v° Inst. crim., 1193) ; Alger, 29 juin 1886 (*Gaz. Pal.*, 86.

2. 775).

« Attendu que la présomption de bonne foi couvre les actes du citoyen qui agit en vertu d'une loi, dans l'exercice d'un devoir public, et que, pour que la publication d'un fait portant atteinte à l'honneur ou à la considération, prenne le caractère de la diffamation, lorsque l'auteur de la diffamation était, par la nature de ses fonctions, obligé de le révéler, il faut que le plaignant prouve encore la mauvaise foi de l'imputation et l'intention de nuire. »

En pratique, ce système a, sur le précédent, la supériorité de ne pas sacrifier sans nécessité les droits de ceux qui peuvent légitimement se plaindre d'une diffamation ou d'une injure. L'action en faux témoignage, en effet, est une sanction doublement insuffisante, en ce que, d'une part, elle punit seulement le mensonge et que, d'autre part, elle n'appartiendra le plus souvent qu'aux parties (1).

Mais la dernière doctrine que nous venons d'exposer ne nous satisfait pas, en théorie, car elle ne donne pas assez de garanties au témoin, et oublie trop le principe que là où est le devoir, ne peut être le délit. La véritable formule nous paraît se dégager d'un Arrêt de la Cour d'Amiens du 25 janvier 1877 (2), condamnant un sieur P... qui, pendant la déposition d'un autre témoin, lui avait à deux reprises crié : « Vous n'en savez rien, vous étiez saoul ». La Cour relève que « le témoignage de P...

1. Y compris le ministère public, mais à l'exclusion des tiers.

2. *Jal. Droit crim.*, 1878, p. 223.

avait été entendu et épuisé » ; qu'il a prononcé ces injures « spontanément et sans être autrement interpellé » ; « qu'il ne saurait donc se prévaloir de sa qualité de témoin, puisque son rôle de témoin avait complètement cessé ». Cet arrêt constate encore « que loin de s'adresser au tribunal, P... s'est tourné directement vers le maréchal des logis, que son but ne pouvait donc être d'éclairer la justice, mais uniquement d'outrager le témoin ».

Cet arrêt semble consacrer une distinction analogue à celle que nous avons déjà établie comme critérium de l'application de l'article 41. L'immunité couvre le témoin dans tout ce qui est son témoignage, mais hors de son témoignage, le droit commun reprend son empire. Dans ces limites, elle est absolue ; quand le témoin se borne à son rôle, on ne peut, à moins de détruire la liberté des dépositions, indispensable à la bonne administration de la justice, peser ses intentions, ses pensées, son but, pour en tirer des motifs de poursuite à son égard ; on peut dire, d'ailleurs, que sa déposition n'est pas entièrement son œuvre, mais aussi celle du Président qui doit en écarter toute inutilité et dont les fonctions sont une garantie pour les tiers. Mais si le témoin cesse manifestement de se renfermer dans son rôle, se fait rappeler à l'ordre par le Président ; s'il est visible, comme dans l'espèce précitée, qu'il a pour but, non d'éclairer la justice, mais d'insulter un tiers, alors il n'agit plus en témoin et n'a plus droit aux faveurs de la loi. Et, cependant, même dans ce cas,

il faudra se rappeler que, de par son serment, il est investi d'un caractère devant faire présumer la bonne foi, et le condamner seulement si l'on rapporte nettement la preuve qu'il a agi hors de sa fonction et malicieusement (1).

B. Sanction. — Ceci posé en principe, quant à la responsabilité du témoin, nous n'avons rien de particulier à dire des voies de droit qui permettront de la mettre en jeu.

Quand le témoin cesse de bénéficier de l'immunité qui le couvrait, le droit commun s'applique entièrement. Dans le cas contraire, une seule sanction existe : L'action en faux témoignage.

Faux témoignage. — Le faux témoignage, qui est tantôt un crime et tantôt un délit, est prévu par les articles 361 à 364 du Code pénal.

a) **ÉLÉMENTS.** — Il faut pour qu'il soit punissable, la réunion des cinq éléments suivants :

1° *Témoignage au cours d'un procès.* — 1° Un témoignage : « Or il n'y a de témoignage que les déclarations faites en justice sous la foi du serment (2) » et d'autre part, il résulte des termes de la loi, que ce témoignage doit intervenir pendant le procès (3).

Echappent donc aux peines du faux témoignage, tous les mensonges produits aux cours de l'instruction préparatoire ; y échappent également ceux que

1. Trib. Angoulême, 29 mars 1887 (*Jal. arrêts*, Bordeaux, 87. 2. 82) ; Carpentras, 5 déc. 1912, D. 1913.2.148.

2. Faustin-Hélie et Depeiges, n° 825.

3. Cass., 31 janv. 1859 ; D. 59. 1. 439 ; Cass., 11 mars 1882 (*Bul. crim.*, n° 72) ; Toulouse, 14 fév. 1877, D. 77. 2. 159.

les parties articulent pour leur défense (1) (2). En revanche, si par une erreur quelconque, un individu qui, normalement, n'aurait pas dû déposer sous la foi du serment, l'a néanmoins prêté, il devient susceptible de tomber sous le coup des articles 365 et suivants (3).

2° *Mensonge*. — La seconde condition d'application de ces articles, c'est une altération de la vérité, portant sur les éléments essentiels de la déposition.

On discute sur la détermination de ces éléments : Tout le monde est d'accord pour y faire entrer ce qui, dans le témoignage, est destiné à former la preuve des faits litigieux, mais il y a difficulté lorsqu'il s'agit de simples renseignements comme le nom ou la qualité du témoin (4).

1. Cependant, ceux-ci ne resteront pas toujours impunis. Nous avons vu qu'ils pourront, dans certains cas, donner lieu aux sanctions de l'article 41 de la loi de 1881. D'autre part, en matière civile, s'il y a eu délation du serment décisoire, celui qui l'aura prêté faussement encourra les peines de l'art. 366 C. pén.

2. Le témoin qui n'altère la vérité que pour ne pas s'accuser lui-même, commet-il un faux témoignage ? La Cour de cassation admet l'affirmative : V. notamment Cass., 6 fév. 1863, D. 63.1.323 ; Cass., 15 mars 1866, D. 66.1.355 ; Cass., belge, 6 juin 1881, S.82.427. Dans le sens de la négative : F. Hélie, *Théorie du Code pénal*, n° 1780 ; Le Poittevin, *Dictionnaire des parquets* ; v° faux tém., n° 4. En faveur d'une opinion mixte : Garraud, *Droit pénal*, n° 2016.

3. Cass., 29 juin 1843. S. 44. 1. 58 ; Cass., 10 mai 1861, S. 62.1. 330 ; Caen, 20 juin 1903 : solut. implic. (*Journ. des parquets*, 1903.2. 141).

4. Pour l'existence du faux témoignage, dans ce cas, V. Trib. Seine 4 janv. 1911 (*Gaz. Trib.*, 6 janv.). *Contra* : F. Hélie et Depeiges, 827, etc. ; Paris, 20 mai 1911, réformant le jug. de la Seine précité (*Gaz. Trib. rec.* 1912.2.3).

3° *Préjudice*. — Le faux témoignage n'est puni que s'il est de nature à causer un préjudice.

Mais il y a lieu, à ce point de vue, de faire une distinction entre les matières civiles et les matières criminelles ; dans ces dernières, le préjudice doit être occasionné aux parties (1) en cause, « contre l'accusé ou le prévenu, ou en sa faveur », disent les articles 361 et 362. En matière civile, au contraire, peu importe la personne qui doit souffrir du faux témoignage, pourvu que quelqu'un en souffre (2).

Il n'est pas nécessaire, d'ailleurs, que le dommage résultant de la déposition mensongère soit réalisé ; il suffit qu'il doive normalement en découler (3).

4° *Intention*. — Un élément essentiel du faux témoignage est l'intention de tromper la justice. Il est d'autant plus utile d'en constater l'existence, que, dans ces matières, l'erreur involontaire peut ressembler beaucoup à l'erreur intentionnelle (4).

5° *Caractère définitif de la déposition*. — Quand toutes ces conditions sont réunies, il y a encore lieu de se préoccuper du moment auquel le faux témoignage se produit. Il n'est en effet punissable qu'à l'instant où la déposition est devenue irrévocable et définitive. Ce caractère lui sera acquis, en matière

1. Tant publique, que privées.

2. Cass., 19 juin 1857, D. 57.1.372 ; Cass., 9 déc. 1864 (*Bull. crim.* 64.279).

3. Cass., 18 mars 1841 (*Bull. crim.* 41.69).

4. Cass., 15 juillet 1886 (*Bull. crim.* 86.258) ; Cass., 18 déc. 1902, D. 1904.5.661.

criminelle, par le prononcé de la clôture des débats (1); en matière correctionnelle et de police, après que les parties, publique et privée, auront été entendues, enfin, en matière civile, soit au moment où le ministère public a pris ses conclusions (2), soit près la clôture du procès-verbal du juge commissaire (3).

b) PÉNALITÉ. — Le faux témoignage est puni, suivant les distinctions détaillées dans les articles 361 à 364, de peines pouvant aller jusqu'aux peines criminelles les plus graves et qui, en matière de police descendent à un emprisonnement de un à trois ans et à une amende de 16 à 500 francs, auxquels le tribunal peut ajouter la privation des droits mentionnés en l'article 42 du Code pénal, et l'interdiction de séjour.

SECTION II

Protection

Après avoir passé en revue les divers modes de répression applicables au témoin en faute, voyons comment celui-ci est protégé, quand il reste dans les limites de sa fonction (4).

1. Grenoble, 24 avril 1896, D. 96.2.454.

2. Cass., 15 juin 1877, D. 77.1.404.

3. Cass., 3 mars 1842 (*Bul. crim.* 42.41); Cass., 6 janv. 1859, D. 90.5.377; Cass., 15 juillet 1886 (*Bul. crim.* 86.258).

4. Nous ne disons rien des experts auxquels la jurisprudence récente refuse toute protection spéciale. Cass., 5 juin 1885, S. 85.1.280; Cass., 14 mai 1898, S. 98.1.296; Seine, 9 mars 1898 (*Gaz. Pal.* 98.1.252); Le Poittevin, *Etude sous la compétence au cas de diffamation envers les experts* (*Jal des Parquets*, 98.1.123); Carpentier, rep, v° diff., 833-837.

Application des articles 30, 31, 33 de la loi de 1881. — Les articles 30, 31 et 33 de la loi du 29 juillet 1881, remplaçant l'article 6 de la loi du 23 mars 1822, punissent de huit jours à un an d'emprisonnement, et de 100 à 300 francs d'amende la diffamation, de six jours à trois mois de prison, et de 18 à 500 francs d'amende, l'injure, adressées à un témoin à raison de sa déposition.

Ces délits sont de la compétence de la Cour d'assises (art. 45), et la vérité du fait diffamatoire peut être prouvée (art. 36).

Pour qu'une injure ou diffamation, proférée contre un témoin, tombe sous le coup de la législation spéciale de la loi de 1881, deux conditions sont nécessaires :

PREMIÈRE CONDITION. — *Qualité du témoin.* — Il faut d'abord qu'il s'agisse d'un témoin judiciaire, entendu sous la foi du serment.

Cette première condition fait écarter ici, comme en matière de faux témoignage, tous les témoins qui ne déposent pas en justice : témoins instrumentaires (1), témoins entendus par une commission d'enquête (2), etc... Ainsi que les personnes dont l'audition n'a lieu qu'à titre de renseignement et sans prestation de serment (3).

1. Salmon Legagneur, *Compétence du jury en matière de presse*, p. 154.

2. Bordeaux, 26 juillet 1878, S. 79.2.225. *Contra* : Loudun, 21 nov. 1884 (*Journal Droit crim.*, 85, p. 79 solut. implicite).

3. Carpentier, rep, v^o diffamation, numéros 922.923 ; Fabre-

DEUXIÈME CONDITION. — *Rapport avec sa déposition.* — Mais cela ne suffit pas ; il est, de plus, nécessaire que les injures ou diffamations soient adressées au témoin à raison de sa déposition.

La question de savoir quand cette condition se trouvera remplie est extrêmement délicate. Il ne faut pas, en effet, que l'on puisse prendre prétexte de la déposition d'un témoin, pour fouiller impunément dans sa vie privée, à la seule condition d'être en mesure de faire la preuve des faits diffamatoires articulés ; et c'est cependant ce qui arriverait si l'on considérait comme rentrant dans les prévisions de l'article 31, toutes les diffamations, de quelque nature qu'elles soient, qui trouvent leur cause occasionnelle dans la déposition du témoin.

On doit donc poser en principe que « toute imputation qui n'a pas pour objet direct d'attaquer le témoin, soit dans sa sincérité, soit dans sa capacité, est en réalité dirigée non contre le témoin, mais contre le simple particulier » (1).

a) A QUEL MOMENT DOIT SE PRODUIRE L'OUTRAGE POUR TOMBER SOUS LE COUP DES ARTICLES 30, 31, 33. — L'application de ce principe souffre quelques difficultés quand il s'agit de savoir à quel moment doit se placer l'imputation outrageante pour tomber sous le coup des articles en question ?

Un premier système (2) déclare que l'article 31

guettes, 316, note, 5 ; Barbier, 513 ; Montpellier, 2 avril 1855, D. 55.5.350 ; Troyes, 13 novembre 1883 (*Gaz. Pal.*, 83.2.149).

1. Barbier, 519.

2. Dutruc, 229 ; Trib. Loudun, 21 nov. 1884, précité.

punit seulement les outrages adressés au témoin pendant ou après sa déposition, mais pas ceux qui précèdent celle-ci.

Le témoin, avant de déposer, n'est qu'un simple citoyen, car la protection spéciale dont il jouit, est basée sur le service ou mandat public temporaire qu'il remplit, et ce mandat n'est exécuté que par l'émission du témoignage.

Il est plus généralement admis (1) que l'on ne doit pas distinguer ; les dispositions spéciales de la loi de presse s'appliquant toujours, que l'injure ou la diffamation ait lieu, avant, pendant ou après la déposition, pourvu que celle-ci en soit bien l'objet.

Une théorie transactionnelle établit une distinction très subtile et très séduisante entre l'injure et la diffamation (2).

La diffamation est par définition une allégation précise, or, on ne peut alléguer ou imputer qu'un fait passé. « Dire d'un témoin qu'il a commis un faux témoignage, c'est lui imputer un fait diffamatoire précis ; dire au contraire qu'il va commettre un faux témoignage, ce n'est pas alléguer ou lui imputer un fait précis, c'est seulement employer des expressions outrageantes pour lui. »

Ainsi, par suite de la nature même du délit de

1. Barbier, 519; Fabreguettes, 316, note 4; Cass., 13 août 1841, D. Rep. v^o presse out., n^o 723; Riom, 24 déc. 1861 (*Journ. Dr. crim.*, 7359); Nevers, 19 avril 1877 (*Journ. Min. pub.*, p. 102, t. XX).

2. Ed. Sauvel, *De la diffamation et de l'injure envers les témoins* (*Journ. du Droit crim.*, 1885, p. 97).

diffamation, il ne peut y avoir de diffamation envers un témoin à raison de sa déposition, tant que celle-ci n'est pas accomplie. Au contraire, l'injure peut s'adresser au témoin avant, pendant ou après son témoignage, à la seule condition qu'elle soit commise à raison de ce témoignage, si toutefois, elle est postérieure au serment prêté, qui consacre pour ainsi dire le témoin, en lui donnant sa qualité.

b) DU CAS OÙ LA DÉPOSITION N'A PAS LIEU. — Une question voisine de la précédente se pose dans le cas où la déposition, pour une cause ou une autre, n'a pas lieu. Si l'on admet le premier système ci-dessus exposé, il n'y a pas de difficulté. Mais si l'on reconnaît, avec l'un des deux autres systèmes, que l'injure ou la diffamation qualifiées, envers un témoin, peuvent se produire même avant sa déposition, on doit se demander quel effet aura sur la nature du délit, le fait qu'ultérieurement cette déposition ne se réalise pas.

La théorie qui paraît le plus généralement adoptée (1), refuse dans ce cas au témoin la protection spéciale des articles 31 et 33 de la loi de 1881, parce qu'il n'acquiert sa qualité propre que par le fait de sa déposition.

D'après un autre système (2), ce qui investit le témoin du caractère protégé par la loi, c'est, non pas

1. Barbier, 519; Montpellier, 2 avril 1855, D. 55.5.350; Loudun, 21 nov. 1884, précité.

2. Sauvel, article précité; Cass., 13 août 1841; Riom., 24 déc. 1861 (*Journ. Dr. crim.*, n° 7359), précités.

l'accomplissement de sa déposition, mais le serment qu'il prête et dont la violation le rendrait passible des peines du faux témoignage. C'est donc ce serment qui est la condition nécessaire et suffisante de l'application des textes en question. Ceux-ci, en effet, se bornent à exiger que l'injure soit adressée au témoin à raison de sa déposition, c'est-à-dire à raison de la déposition qu'il a faite, qu'il fait, qu'il fera, ou même simplement qu'il est appelé à faire.

« Ne peut-il pas arriver que lors de l'appel des témoins devant la Cour d'assises, un tiers quelconque insulte l'un d'entre eux, en le traitant d'avance de faux témoin, puis que, par suite d'un événement imprévu, jamais la déposition ne soit entendue ? N'en reste-t-il pas moins acquis que cet homme a été insulté à raison non pas de sa personnalité privée, mais de sa qualité de témoin et de sa déposition, que l'insulteur prévoyait et traitait à l'avance de faux témoignage » (1). Il semble donc logique et conforme aux intentions du législateur, de considérer la circonstance qu'après l'outrage, la déposition attendue n'a pas lieu, comme restant sans influence sur la qualification légale du fait outrageant.

Compétence et Procédure. — Dans les cas où s'appliquent les articles 181 et 505 du Code d'instruction criminelle, la répression du délit d'injure ou de diffamation envers un témoin compète à la juridiction devant laquelle il se produit. L'action

1. Sauvel, *loc. cit.*

n'est alors soumise à aucune condition spéciale de procédure et peut notamment s'exercer sans qu'une plainte de la victime soit nécessaire (1).

Mais il n'en est plus de même quand les règles de compétence de ces articles ne s'appliquent pas, soit que les faits n'aient pas été commis à l'audience, soit que le tribunal devant lequel ils se sont passés, ne se trouve pas régi par les articles en question, ou n'ait pas usé de la faculté qu'ils confèrent ; on rentre alors dans le droit commun de la loi de presse.

A. ACTION PUBLIQUE. — En ce qui concerne l'action publique, compétence appartient à la Cour d'assises, et s'il s'agit d'une diffamation, la poursuite en est soumise à la nécessité d'une plainte préalable.

a) DIFFAMATION. — PLAINTÉ. — 1^o *Forme*. — Au sujet de cette plainte, diverses questions se posent.

Elle n'est astreinte à aucune forme déterminée, mais il faut qu'elle révèle nettement l'intention de mettre l'action publique en mouvement (2), elle doit donc se manifester expressément et ne peut s'induire des circonstances (3).

2^o *Effet*. — Elle ne produit qu'un seul effet, c'est de rendre l'action publique recevable. Une fois la plainte portée, tout se passe comme en matière

1. *Contra* : Rousseau, *Des délits de parole commis à l'audience*, précité.

2. Carpentier, v^o diff., n^{os} 1705 et 1712.

3. Cass., 20 mai 1865, D. 65.1.406.

pénale ordinaire. Le ministère public est libre de poursuivre ou de s'abstenir s'il le juge préférable, et dans ce cas, la seule ressource du témoin diffamé est d'agir par voie de citation directe.

3° *Défaut de plainte ou désistement.* — A défaut de plainte, la poursuite serait nulle, d'une nullité d'ordre public, susceptible d'être opposée en tout état de cause, même pour la première fois devant la Cour de cassation, et que le tribunal devrait suppléer d'office (1).

Mais il n'en serait pas de même en cas de désistement de la partie plaignante. Ce désistement n'aurait pour effet ni de priver le ministère public de son droit (2), ni d'éteindre l'action engagée. La loi n'en a disposé autrement que pour le cas de diffamation ou d'injure envers les particuliers (art. 60, par. 6).

b) INJURE. NÉCESSITÉ D'UNE PLAINTÉ ? — Si une plainte est nécessaire pour ouvrir l'action publique à raison d'une diffamation contre un témoin, en est-il de même lorsqu'il s'agit d'une injure ?

Première opinion, négative. — Barbier enseigne la négative, se fondant sur l'interprétation littérale de l'article 47 par. 4, qui exige une plainte seulement au cas de diffamation. Rien ne prouve, selon

1. Aix, 3 mai 1867, D. 57. 5.325; Cas., 20 avril 1867, D. 67. 1.462; Dijon, 28 déc. 1881, P. 82. 1. 458. La poursuite serait-elle réhabilitée par une plainte déposée ultérieurement ? Pour l'affirmative : Grellet-Dumazeau, t. II, n° 833. Pour la négative : Barbier, n° 868; Fabreguettes, t. I, p. 424, *ad notam*.

2. *Contra* : Barbier, n° 867 ; Chassan, t. II, p. 61 et suiv., dans le cas où le désistement est antérieur à la poursuite.

lui, que si le législateur a gardé le silence sur l'injure, ce soit par inadvertance ; l'injure, en effet, ne peut jamais donner lieu à des poursuites compromettantes pour la personne injuriée.

Ce qui choque, dans ce système, c'est que, par application combinée des paragraphes 4 et 6 de l'article 47, on est forcé d'admettre que le droit de citation directe devant la Cour d'assises, appartenant au témoin diffamé, lui est refusé s'il est victime d'une injure simple. On n'aperçoit pas bien la raison logique d'une telle différence, et cependant Barbier est forcé de l'admettre (1).

Deuxième opinion, affirmative. — M. Fabreguettes (2) professe que la plainte préalable est aussi bien exigée en matière d'injure que de diffamation. Il se base sur un passage des travaux préparatoires de la loi de 1881 (3). Pour lui la suppression du mot « injure », primitivement inséré dans le texte, est due à un simple oubli, et l'esprit général de la loi commande d'exiger la plainte préalable, même au cas d'injure.

Quoiqu'il en soit de l'exactitude théorique de l'un ou de l'autre système, on doit reconnaître que celui de M. Fabreguettes conduit à un résultat beaucoup plus logique, en faisant disparaître l'anomalie signalée plus haut et qui résultait du refus du droit de citation directe au témoin injurié.

1. N° 881.

2. N° 106 par. 6, V. Lair, *Rev. crit.*, 1885, p. 428 et 424.

3. Ch. des députés, séances du 1^{er} février 1881 et du 17 février.

B. — ACTION CIVILE. — Aux termes de l'article 46 de la loi de 1881, l'action civile pour diffamation envers un témoin, ne peut être exercée séparément de l'action publique, si ce n'est au cas de mort de l'auteur du fait incriminé ou d'amnistie ; ces deux hypothèses sont donc les seules où la juridiction civile pourra en connaître.

Aucune restriction de ce genre n'existe en matière d'injures.

APPENDICE II

Les Magistrats

Les propos injurieux ou diffamatoires (1) peuvent émaner des magistrats eux-mêmes qui jouent un rôle à l'audience (2). Nous examinerons successivement dans cette hypothèse, comme nous l'avons fait pour les parties et les témoins, les caractères que ces propos présentent, leurs sanctions et les modes de protection accordés à leurs auteurs quand ceux-ci n'excèdent pas leur droit.

SECTION PREMIÈRE

Mesures répressives

A. — **Détermination.** — La disposition de l'article 41 paragraphe 3 de la loi de 1881 ne s'applique

1. Nous laisserons de côté les autres fautes ou délits que peuvent commettre par paroles les magistrats à l'audience, nous bornant à signaler la disposition de l'art. 14 de la loi du 30 août 1883, qui interdit aux magistrats toutes démonstrations ou manifestations d'hostilité au principe ou à la forme du Gouvernement républicain.

2. Dans le cas où les magistrats ne sont que spectateurs, ils doivent, en principe, être traités comme de simples particuliers. Chassan, t. III, p. 22, note 3 ; cependant il semble difficile, pour des raisons de convenance, qu'on leur applique les articles 181 et 505, quand ils appartiennent à la juridiction saisie. —

pas aux magistrats. C'est donc ailleurs qu'il faut chercher le criterium de leur responsabilité.

B. — Responsabilité. — Tout le monde admet qu'à leur égard, la présomption de mauvaise foi, attachée de plein droit aux discours injurieux ou diffamatoires, est renversée. *Presumptio sumitur de eo quod plerumque fit*. Or ici le *plerumque fit*, la situation normale, c'est celle du magistrat intègre, qui n'emploie des violences de langage, des imputations outrageantes, que si les nécessités de son devoir professionnel les imposent et les légitiment. Ce sera donc à la personne lésée, à faire la preuve de l'*animus injuriandi* du magistrat qui l'a offensée. Les auteurs lui en reconnaissent la faculté (1), et les arrêts l'admettent en théorie ; mais il est à remarquer qu'en fait, ils écartent toujours la responsabilité (2).

Cela tient à un autre principe, proclamé en ces termes par Lanterbach (3) : *In his tamen, animus injuriandi evidentissime probandus est*. On doit se montrer extrêmement exigeant pour admettre la preuve de la mauvaise foi.

Allons plus loin, il y a des cas où selon nous, cette preuve n'est pas recevable. « Il n'y a pas diffam-

1. Barbier, 779 ; Chassan, t. I, p. 97 et suiv. ; Carpentier, v° diff., n° 1.626 et suiv.

2. Cass., 24 déc. 1822 (D. R., v° inst. crim. 1193) ; Cass., 22 février 1826 (D. R. v° prise à partie, n° 18). Cass., 29 janv. 1824, S. 24. I. 344 ; Cass., 6 juillet 1858, D. 58. I. 279 ; Besançon, 3 mars 1860, D. 60. 2. 69.

3. *Compendium de inj. et fam. libel.*, p. 664.

mation, disait l'article 367 du Code pénal, à l'égard des faits que l'auteur de l'imputation était, par la nature de ses fonctions ou de ses devoirs, obligé de révéler ». S'il est établi que les propos incriminés étaient nécessités par le devoir professionnel du magistrat, sans que l'on ait à envisager aucune autre considération, le caractère délictueux disparaît. Par suite, aucune répression civile ou pénale n'est possible, car nous allons voir qu'en l'absence d'intention dolosive, et par le jeu des règles de la procédure, le magistrat est à l'abri de toute poursuite de cette nature.

Cette théorie paraît bien avoir été admise par le conseiller Nicolas, rapporteur d'un arrêt de la Cour de cassation du 6 juillet 1858 (1), quand il dit, énumérant les conditions qui doivent se trouver réunies pour assurer le triomphe de la prise à partie intentée devant la Cour : « Vous auriez à vous demander si c'est malicieusement, dans une intention de nuire et sans intérêt pour la décision, que le tribunal et la Cour de Toulouse ont inséré les motifs dénoncés, ... ou si, au contraire, ces motifs n'étaient pas nécessaires, ou tout au moins utiles, pour repousser les moyens proposés par Marie Bordes afin d'atténuer sa culpabilité et d'obtenir les circonstances atténuantes ; et si, d'ailleurs, en supposant que la décision pût se justifier par d'autres motifs que ceux signalés par la requête, l'intention des magistrats

1. Précité.

qui l'ont rendu n'est pas toujours restée pure et exempte de tout dessein de nuire par la diffamation ».

Voilà qui met en lumière la dualité des éléments nécessaires au succès de l'action en responsabilité : il faut d'abord que les paroles incriminées soient inutiles, ensuite qu'elles manifestent une intention méchante bien caractérisée ; à défaut de l'une de ces deux conditions, l'immunité couvre le magistrat.

C. — Sanction. — L'action en responsabilité pourra s'exercer par les trois voies que nous avons signalées pour les avocats et officiers ministériels : pénale, civile et disciplinaire.

a) PÉNALE. — En ce qui concerne la première, l'article 433 du Code d'instruction criminelle dispose :

« Lorsqu'un juge de paix ou de police, ou un juge faisant partie d'un tribunal de commerce, un officier de police judiciaire, un membre du tribunal correctionnel ou de première instance, ou un officier chargé du ministère public près l'un de ces juges ou tribunaux, sera prévenu d'avoir commis dans l'exercice de ses fonctions, un délit emportant une peine correctionnelle, ce délit sera poursuivi et jugé comme il est dit à l'article 479. »

L'article 479 décide qu'en ce cas, le fonctionnaire incriminé sera cité, à la requête du Procureur général, devant la Cour d'appel, qui prononcera en dernier ressort.

Ces articles doivent être complétés par les dispositions suivantes :

Loi du 20 avril 1810, art. 10. — « Lorsque des membres de la Cour de cassation, de la Cour des comptes et des Cours d'appel seront prévenus de délits de police correctionnelle, les Cours d'appel en connaîtront de la manière prescrite par l'article 479 du Code d'instruction criminelle. »

Art. 11. — « La Cour impériale pourra, toutes Chambres assemblées, entendre les dénonciations qui lui seraient faites par un de ses membres, de crimes et de délits ; elle pourra mander le procureur général pour lui enjoindre de poursuivre, à raison de ces faits et pour entendre le compte que le Procureur général lui rendra des poursuites qui seraient commencées. »

Décret du 6 juillet 1810, art. 4. — « Les causes de police correctionnelles, dans les cas prévus par l'article 479 du Code d'instruction criminelle et par l'article 10, loi du 20 avril 1810, seront portées à la Chambre civile présidée par le premier président. »

La mise en mouvement de l'action publique, en cas de délits d'injure, d'outrage ou de diffamation, commis dans l'exercice de leurs fonctions par des magistrats, appartiendra donc toujours au Procureur général près la Cour d'appel (1).

1. D. R. v^o mise en jugement des fonctions, n^o 367 et 368. *Contra* : en ce qui concerne les membres des Cours d'appel : Faustin Hélie et Depeiges, *Pratique criminelle*. 1075 ; Fabreguettes, n^o 95, qui enseignent que, malgré la disposition de l'article 10 précité de la loi de 1810, la procédure prescrite par les articles 481 et 482 du Code d'instruction criminelle pour les délits commis hors les fonctions, doit s'appliquer (renvoi au Garde des Sceaux et désignation d'une Cour ou d'un tribunal par la Cour de cassation).

Supposons qu'il s'agisse d'une diffamation adressée au cours de l'audience à un particulier ; celui-ci, s'il veut procéder par la voie pénale formule une plainte au Procureur général. Ce magistrat peut citer l'inculpé devant la première Chambre de la Cour, jugeant correctionnellement ; c'est le seul mode de procéder qui s'offre à lui (1), il ne pourrait saisir le juge d'instruction.

Néanmoins, il lui est loisible de prendre officieusement tous renseignements destinés à l'édifier sur le bien fondé de la poursuite ; il y a là un procédé analogue à l'enquête de police qui, dans la plupart des affaires d'instruction, précède le réquisitoire d'information (2). Cela peut même être indispensable pour lui permettre d'apprécier s'il y a lieu de suivre sur la plainte dont il est saisi, point duquel il est souverain juge.

Si le Procureur général croit devoir s'abstenir, la partie plaignante n'est pourtant pas dénuée de toutes ressources. La voie de la citation directe lui est interdite (3), mais il lui reste les deux procédés suivants :

Ou saisir le Garde des Sceaux, qui, bien que dépourvu du droit d'action, pourra, s'il le juge à propos, ordonner au Procureur général d'agir.

1. Cass., 14 juin 1873, D. 74.1.41 ; Cass., 15 juin 1893, D. 95.1.403.

2. Cass., 12 janv. 1894, D. 94.1.366.

3. *Contra* : Carnot, *Inst. crim.*, article 479, n° 5 ; Cass., 11 septembre 1812, D. A. 8., 685, n° 8, et note sous Paris, 12 novembre 1867 (D. ; 1867.2.177). La jurisprudence est définitivement fixée dans le sens indiqué au texte.

Où s'adresser au premier Président de la Cour d'appel. Ce haut magistrat, en vertu de l'article 11 de la loi du 20 avril et de l'article 62 du décret du 6 juillet 1810, peut convoquer les chambres de la Cour et leur donner connaissance des faits ; après quoi l'assemblée de la Cour mandera le Procureur général pour lui enjoindre de poursuivre (1).

Une fois la Cour d'appel saisie, la procédure suit son cours d'une manière normale et il n'y a rien à signaler de particulier, si ce n'est que l'instruction doit être orale (2).

Tout ce que nous venons de dire du cas où le Procureur général suit sur une plainte de la personne lésée, s'applique à celui où l'action étant ouverte, sans nécessité d'une plainte préalable, le Procureur général agit d'office.

b) CIVILE. — Si la personne diffamée ou injuriée par un magistrat à l'audience veut exercer à raison de ce fait une action en dommages-intérêts, elle a le choix entre plusieurs voies :

1° *Intervention à l'instance pénale.* — Elle peut d'abord intervenir à l'instance pendante devant la première chambre de la Cour, par voie de conclusions portant constitution de partie civile. Son action suit alors les règles ordinaires.

1. D. *Code inst. crim.*, annoté, article 479, n° 45.

2. D'après M. Fabreguettes, t. 1, p. 380, la décision à intervenir ne saurait trouver de base légale hors des preuves produites à l'audience. Mais la jurisprudence est en sens contraire. V. Cass., 12 janvier 1894, précité.

2° *Prise à partie.* — Si elle préfère agir au civil, la loi met à sa disposition une procédure spéciale, sous la forme de la prise à partie, réglementée par les articles 505 à 516 du Code de procédure civile. La caractéristique de celle-ci consiste en ce que l'action ne peut être introduite devant la juridiction compétente, Cour d'appel ou Cour de cassation, qu'avec l'autorisation de cette juridiction et aux risques et périls du demandeur, menacé d'amende s'il succombe.

De plus, la prise à partie ne sera ouverte en l'espèce, que s'il y a « *dol* ». Il faudra donc, pour que la personne injuriée obtienne des dommages-intérêts par ce moyen, qu'elle prouve chez le magistrat incriminé, non seulement une faute, mais une intention malicieuse nettement caractérisée. Cette preuve devra, nous l'avons dit, être administrée d'une manière complète et absolue et elle ne sera pas recevable en présence d'imputations nécessitées par le devoir professionnel du magistrat en question.

3° *Action ordinaire devant les tribunaux civils.* — Une question controversée est de savoir si la personne injuriée n'aurait pas le droit de porter directement son action devant les tribunaux civils. Ce serait l'application du droit commun des articles 1382 du Code civil et du Code instruction criminelle.

a) *Théorie qui l'admet.* — On peut soutenir que les articles 479 et suivants du Code instruction criminelle interdisent bien aux particuliers la voie pénale, mais laissent ouverte la voie civile, qui ne saurait être

prohibée, en l'absence d'un texte formel. Aussi cette doctrine a-t-elle été adoptée par des auteurs et consacrée par plusieurs arrêts (1).

5° *Théorie qui la refuse.* — Mais elle a le grand tort de ne tenir aucun compte des principes de la prise à partie, dont l'existence serait un non sens s'il suffisait, pour se soustraire à ses règles restrictives de prendre la voie de l'action ordinaire en dommages-intérêts.

« Si la prise à partie n'était pas soumise à des dispositions spéciales, l'application du droit commun conduirait aux trois conséquences suivantes : 1° le juge pourrait être pris à partie pour toute espèce de fautes, en vertu de l'article 1382 du Code civil ; 2° le tribunal compétent serait celui du domicile du juge ; 3° l'affaire s'instruirait avec la procédure ordinaire. La loi a pensé que si la prise à partie était largement ouverte, il n'y aurait plus aucune sécurité pour les juges qu'on pourrait attaquer sous le moindre prétexte... Aussi le législateur a-t-il renversé les principes ordinaires : il ne suffit pas qu'une partie éprouve un préjudice, même injuste, pour qu'elle puisse prendre la voie de la prise à partie, il faut qu'on se

1. Ces arrêts n'ont d'ailleurs pas tous une grande valeur doctrinale, soit qu'ils se présentent comme des décisions d'espèce, soit qu'ils ne consacrent la théorie en question que dans leurs motifs, leur dispositif visant des cas différents. V. notàm. Cass., 16 décembre 1867, D. 68. I. 5 ; Nancy, 21 décembre 1871, D. 73. 2. 7 ; Besançon, 13 décembre 1854, D. 67. 3. 177, en note ; D. C. inst. crim. ann., art. 479, n° 51, D. supp., v° mise en jugement, n° 30.

trouve dans un des cas limitativement énumérés par la loi. (1) »

Appliquons ces principes à l'hypothèse qui nous occupe et nous pourrions en conclure qu'en dehors de la constitution de partie civile en l'instance suivie devant la première chambre de la Cour, la personne diffamée ou injuriée à l'audience par un magistrat, ne peut exercer son action en dommages-intérêts que par la voie de la prise à partie (2). Cette procédure ne sera ouverte que si l'on relève une intention dolosive nettement caractérisée, à la charge du magistrat incriminé. Or, si l'on se rappelle que cette intention délictueuse est également indispensable pour donner une base légale à la poursuite du Procureur général, on en déduit que la simple faute échappe ici à toute répression pécuniaire.

c) DISCIPLINAIRE. — Le magistrat qui l'aura commise ne sera donc passible que de l'action disciplinaire. Celle-ci s'exerce sur « tout ce qui est de nature à porter atteinte à l'honneur d'une corporation » (3). Nul doute que les faits qui nous occupent ne rentrent dans cette définition.

Nous allons examiner très brièvement la procédure de cette action ; elle varie suivant qu'il s'agit des juges ou des officiers du ministère public.

1. Glasson, Colmet Daage et Tissier, *Traité de procédure civile*, n° 1119, 2^e éd.

2. Barbier, 780 ; Fabreguettes, 94 ; Chassan, t. 1, p. 105 ; Paris, 31 janvier 1860, S. 60. 2. 308 ; Paris, 12 novembre 1867, D. 1867. 2. 177 ; Cass., 11 juin 1893, S. 94. 1. 49.

3. Carpentier, rep., v° discipl. judiciaires n° 45.

I. LES JUGES. — Vis-à-vis des juges, la répression disciplinaire se manifeste de trois manières différentes :

1° *Avertissement*. — D'abord, par un avertissement émané du président du tribunal, du premier président de la Cour ou du Garde des Sceaux, suivant la situation du délinquant (1).

Cet avertissement revêt la forme d'une lettre missive et ne donne pas lieu à transcription sur le registre des délibérations de la Cour ou du tribunal (2). Il n'est qu'une simple application de la *Castigatio domestica*.

2° *Pouvoirs du Garde des Sceaux*. — Aux termes de l'article 17 de la loi du 30 août 1883, « le Garde des Sceaux a sur les magistrats de toutes les juridictions civiles et commerciales un droit de surveillance ».

« Il peut mander tout magistrat afin de recevoir ses explications sur les faits qui lui sont imputés. »

C'est là le droit de *veniat*, consacré déjà par l'article 57 de la loi du 20 avril 1810.

Le ministre de la Justice peut aussi adresser à ses subordonnés une réprimande ; celle-ci, qui n'est pas une peine proprement dite (3), est notifiée sans

1. Art. 46, L. 20 avril 1910 ; V. aussi. Carpentier ; v° Disc. judic., n° 373.

2. Cass., 5 mai 1835, S. 35. 1. 775 ; Cass., 6 août 1838, S. 38. 1. 805.

3. Elle fait néanmoins obstacle à l'exercice ultérieur d'une autre action disciplinaire, en vertu de la règle *non bis in idem*. Carpentier *eod.*, v° n° 411.

forme spéciale par le premier président au magistrat qu'elle concerne.

3^e *Action disciplinaire proprement dite.* — A côté de ces prérogatives, le Garde des Sceaux en a une beaucoup plus importante. D'après l'article 16 de la loi de 1883, il a seul qualité (1) pour mettre en mouvement l'action disciplinaire proprement dite devant les chambres réunies de la Cour de cassation, qui, en vertu de l'article 13 de la même loi, constituent le conseil supérieur de la magistrature.

La personne diffamée ou injuriée par un magistrat doit donc, pour provoquer des sanctions disciplinaires, adresser une plainte au Garde des Sceaux ; celui-ci appréciera souverainement s'il y a lieu, soit de ne pas y donner suite, soit d'employer une des mesures ci-dessus indiquées, soit enfin de mettre en mouvement l'action disciplinaire.

S'il prend ce parti, il adresse une dépêche au Procureur général près la Cour de cassation ; le Procureur général requiert la réunion des chambres, en précisant le fait qui donne lieu à la poursuite ; au vu de ce réquisitoire, le premier président désigne un rapporteur. Le rapport est lu à l'audience, après quoi le Procureur général prend ses réquisitions et se retire. La Cour rend ensuite un arrêt de non-lieu, ou de soit informé. Dans ce dernier cas, elle délègue le magistrat chargé du rapport pour procéder à l'information. Celle-ci a lieu dans les formes prescrites

1. Voir Cass., 21 juillet 1871, D. 71. 1. 33.

par les articles 9 et suivants de la loi du 16 juin 1824.

Après clôture de l'information, les résultats en sont communiqués au ministère public, puis un nouveau rapport les fait connaître au conseil, qui décide alors, soit qu'il n'y a lieu de suivre, soit que le magistrat incriminé sera cité devant lui.

On arrive ensuite à la phrase dite de la comparution. Notons que la Cour supprime parfois la phase de l'information ; c'est alors le premier arrêt qui ordonne la comparution.

Le magistrat est cité par l'intermédiaire du greffier du Tribunal ou de la Cour dont il fait partie.

Le Conseil, après avoir entendu un nouveau rapport, les réquisitions du ministère public et la défense de l'inculpé, présentée par lui-même ou par un avocat à la Cour de cassation, à moins qu'il ne soit autorisé à se faire défendre par un ami, prononce, soit un acquittement, soit l'une des peines disciplinaires prévues par la loi : censure simple, censure avec réprimande, suspension provisoire, déchéance.

Les débats ont lieu, à huis clos, et la sentence n'est pas publique, s'il n'en est autrement ordonné (1).

II. LES OFFICIERS DU MINISTÈRE PUBLIC. — En ce qui concerne les membres du ministère public, la discipline s'exerce administrativement et par voie hiérarchique.

1. Cass., 23 avril 1875 ; Cass., 31 janv. 1888 ; Carpentier, rep., v^o Cour de cassation, n^o 455.

Un droit de surveillance est dévolu par l'article 84 du sénatus consulte du 16 thermidor au X, au Procureur général près la Cour de cassation, sur les Procureurs généraux.

Ceux-ci, à leur tour, surveillent tous les officiers du ministère public de leur ressort, et les procureurs de la République ont les mêmes attributions vis-à-vis de leurs substituts et des représentants du ministère public près les tribunaux de simple police (1).

Mais, à la différence du Procureur général près la Cour de cassation et des procureurs de la République, qui n'ont qu'un simple droit de surveillance et de direction, les Procureurs généraux ont seuls un véritable pouvoir disciplinaire leur permettant de « rappeler leurs subordonnés à leur devoir ».

Quant au Garde des Sceaux, son action sur les magistrats du ministère public est bien plus complète que sur ceux du siège ; non seulement, il peut leur faire adresser des injonctions par le Procureur général, les mander près de lui, en vertu de son droit de *veniat*, leur infliger des réprimandes, qui sont notifiées par le procureur général (2), mais il peut aussi, et c'est là en réalité son véritable pouvoir disciplinaire, proposer leur déplacement (3), leur envoi

1. L. 20 avril 1810, art. 43 et 60.

2. Sén. Cons., 16 thermid. an X, art. 81 ; L. 20 avril 1810, art. 60 ; L. 30 août 1883, art. 17.

3. A l'inverse de ce qui, en vertu de l'art. 15 de la loi de 1883, a lieu pour les magistrats assis, les membres du ministère public peuvent être déplacés sans avis préalable du Conseil supérieur de la magistrature.

dans des postes inférieurs ou même leur révocation.

Les cours et tribunaux sont dépourvus de tout droit de sanction directe vis-à-vis des magistrats qui représentent le ministère public auprès d'eux (1). Ils ne peuvent blâmer ou censurer leur conduite, critiquer leurs actes, accueillir des réserves formulées par les personnes lésées, aux fins de poursuites ultérieures (2). La jurisprudence va même plus loin et leur interdit le simple décerné acte des paroles du ministère public (3). Ils ne restent cependant pas absolument désarmés en présence des excès auxquels pourraient se livrer les membres du parquet. En effet, l'article 61 de la loi de 1810, leur donne le droit et leur impose même le devoir de signaler à l'autorité supérieure les reproches qu'ils pourraient avoir à formuler contre les officiers du ministère public.

SECTION II

Protection.

Non seulement la loi protège les magistrats en soumettant à de nombreuses restrictions la mise en œuvre de leur responsabilité, mais elle réprime aussi très sévèrement les attaques dirigées contre eux à l'occasion ou dans l'exercice de leurs fonctions.

1. Cass., 15 déc. 1858, D. 59. 1. 15; Cass., 5 août 1886, D. 87. 1. 190.

2. Cass., 2 fév. 1900, S. 1901, 1. 204.

3. Cass., 20 oct. 1835, S. 36. 1. 156; Paris, 29 sept. 1869, D. 74. 5. 339; Blois, 10 déc. 1880 (*Gaz. Trib.*, 1314, déc. 1880).

Nous n'entrerons pas, sur ce point, dans des détails qui nous entraîneraient loin de notre sujet, car la protection légale vise bien plus la qualité des magistrats que les paroles prononcées par eux ; nous ne pourrions, d'ailleurs, que répéter ce que nous avons dit plus haut à propos de l'outrage ; bornons-nous à indiquer que les magistrats sont, en même temps, protégés contre les injures et diffamations publiques, par les articles 31 et 33 de la loi de 1881, contre les outrages de toute nature, par les articles 222 et 223 du Code pénal, dont les pénalités s'aggravent lorsque le fait a lieu à l'audience, et enfin contre les violences et voies de fait, par les articles 228, 229, 231, 232 et 233 du même Code.

CONCLUSION

Nous voudrions, pour terminer cette étude, pouvoir résumer en quelques mots les idées générales qui s'en dégagent. Malheureusement cela est impossible en présence du manque de cohérence des dispositions législatives sur la matière. Aussi nous bornerons-nous à deux réflexions, suggérées par l'examen des solutions doctrinales ou jurisprudentielles que nous avons rapportées.

On est tout d'abord frappé par l'insuffisance des prévisions de la loi à ce sujet, insuffisance qui se manifeste à un double point de vue.

D'une part, si le législateur a indiqué ou organisé diverses procédures susceptibles de s'appliquer aux personnes qui coopèrent à l'œuvre judiciaire, avocats, magistrats, etc., il a presque entièrement négligé de déterminer les droits de ces personnes.

D'autre part, même en ce qui concerne la procédure proprement dite, il s'est le plus souvent borné à poser des principes très vagues, pour mieux dire à mentionner des institutions, sans en régler le fonctionnement.

Nous avons vu ce vice se manifester lorsqu'il

s'agit de savoir devant quels tribunaux s'applique l'immunité de l'article 41, et quels juges peuvent prononcer les sanctions spéciales du paragraphe 4.

Il serait fort à souhaiter que, des dispositions analogues à celles de la loi de 1889, vinssent préciser et délimiter en cette matière, les pouvoirs des tribunaux d'exception et des juges à mission spéciale. Cela permettrait de mettre fin législativement à l'antinomie qui existe entre la nature de l'institution réglementée par les articles 41 de la loi de 1881 et 23 de celle de 1819, et l'intention des auteurs de ces lois.

L'interprétation moderne a, en effet, tiré de ces textes la consécration du grand principe naturel de la liberté de la défense ; le législateur de 1819, au contraire, était encore visiblement imprégné des idées dominantes de la législation napoléonienne, qui, voyant dans le barreau un adversaire et un ennemi, cherchait à forger de nouvelles armes pour le combattre.

Nous avons eu l'occasion de signaler plusieurs effets de cette antinomie ; rappelons seulement ici la bizarrerie que constitue la reconnaissance de l'immunité devant des juridictions auxquelles on dénie le droit d'appliquer les sanctions de l'alinéa 4. La stricte interprétation de l'article 41, en prohibant toute action ultérieure, assure alors aux discours injurieux une immunité absolue.

Mais tout cela n'a qu'une importance secondaire, pour nous le grand défaut du système actuel, c'est la difficulté de concilier l'article 41 de la loi de 1881

avec les articles 181 et 505 du Code d'instruction criminelle. Là est le véritable écueil auquel vient se heurter tout essai de constituer une théorie cohérente des droits de la défense.

Il y a certains écarts qui, par leur violence, méritent une répression pénale proprement dite. Cette répression est nécessaire, mais comment la justifier ?

La plupart des auteurs se tirent d'embarras en disant que la loi de presse n'a pas abrogé les articles réprimant les délits d'audience, qui restent en vigueur cumulativement avec elle.

Nous avons dit pourquoi cette conception semble inadmissible. Les articles 181 et 505 se bornent à régler une question de compétence ; ils ne modifient pas la pénalité des faits qu'ils prévoient. Or, quand il s'agit d'injures, d'outrages et de diffamations, cette pénalité est supprimée par l'article 41 de la loi de 1881. Pour la rétablir, il faudrait un texte spécial abrogeant sur ce point celui de la loi de presse. Ce texte n'existe pas.

D'un autre côté, nous avons proposé un système qui restreint l'application de l'article 41 aux outrages, injures et diffamations proférés dans la défense, mais qui, pour ceux-là, écarte entièrement les articles 181 et 505. Cette théorie paraît la seule acceptable dans l'état actuel des textes, mais on ne saurait se dissimuler qu'elle n'est pas non plus à l'abri de tout reproche, car, elle n'arme pas suffisamment le tribunal contre la défense, lorsque

celle-ci dégénère en apostrophes violentes, en troubles de l'audience.

La meilleure solution semblerait devoir être une modification des lois en vigueur, créant pour les écarts des parties, lorsqu'ils dépasseraient certaines limites, une répression pénale spéciale, qui ferait de cette infraction un délit distinct.

On améliorerait ainsi la situation, mais quoique l'on fasse, à moins de refondre entièrement la législation, on n'arrivera pas à créer une théorie harmonieuse. Cette matière se ressentira toujours du vice originel tenant à ce que l'on a assis en 1819, l'immunité de la défense, sur la refonte d'un texte, l'article 377 Code pénal, qui primitivement avait eu pour seul but d'édicter, précisément contre la défense, des sanctions supplémentaires.

Vu : le Président de la thèse,

LE POITTEVIN

Vu : le Doyen

F. LARNAUDE

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Paris

POINCARÉ

INDEX

DES OUVRAGES CITÉS PAR LES NOMS DE LEURS AUTEURS OU PAR DES ABRÉVIATIONS

- Barbier*. — Code expliqué de la Presse, 1^{re} édition. 2 vol., 1887.
- Barbier, Matter et Rondelet*. — 2^e édition du Code de la Presse de Barbier, par MM. Matter et Rondelet. 2 vol. 1911.
- Carpentier*. — Répertoire général alphabétique du Droit français, par MM. Carpentier, Frérejouan du Saint et Fuzier-Hermann.
- Celliez et Le Senne*. — La loi de 1881 sur la presse. 1 vol., 1882.
- Chassan*. — Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse.
- Sauf indication contraire, les citations se réfèrent à la 1^{re} édition. 3 vol., 1837.
- Cresson*. — Usages et règles de la profession d'avocat. 2 vol. 1888.
- D.* — *Dalloz*. Recueil périodique.
- D. R.* — » Répertoire de Droit et de Jurisprudence.
- D. Supp.* — » Supplément au Répertoire.
- D. G.* — » Codes annotés.
- Dutruc*. — Explication pratique de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse. 1 vol., 1883.
- Fabreguettes*. — Traité des délits politiques et des infractions par la parole, l'écriture et la presse, 2^e édit., 2 vol., 1901.
- Faivre et Benoît Lévy*. — Code manuel de la Presse. 1 vol., 1881.

- Faustin Hélie et Chauveau.* — Théorie du Code pénal. 6 vol., 1872.
- Faustin-Hélie et Dépeiges.* — Pratique criminelle des Cours et Tribunaux par Faust. Hélie, 2^e édition, par M. Depeiges. 2 vol., 1912.
- Jousse.* — Traité de la justice criminelle en France (4 vol. 1771)
- Gaudry.* — Histoire du Barreau de Paris (2 vol.).
- Grattier (de).* — Commentaire sur les lois de la Presse (2 vol., 1847).
- Grellet-Dumazeau.* — Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage.
- Le Poittevin.* — Traité de la Presse (3 vol.).
- Le Sellyer.* — Traité de l'exercice et de l'extinction des actions publique et privée.
- Liouville (A.).* — Abrégé des règles de la Profession d'Avocat.
- Mangin.* — Traité de l'action publique et de l'action civile, en matière criminelle.
- Merlin.* — Répertoire de Jurisprudence.
- Mollot.* — Règles de la profession d'avocat (2 vol.).
- Morin.* — De la discipline des Cours et tribunaux (2 vol.).
- P. ou Pal.* — Journal du Palais.
- Pand. Franç.* — Pandectes Françaises. Recueil de jurisprudence.
- R. Pand.* — Répertoire des Pandectes.
- Pand. Chr.* — Pandectes chronologiques.
- Pand. Belges.* — Pandectes Belges. Répertoire de Droit et de Jurisprudence.
- Pas. Belge.* — Pasicrisie Belge. Recueil de jurisprudence.
- Parant.* — Les lois de la Presse.
- Rousset.* — Code général des lois sur la Presse (1 vol. 1869).
- S.* — Sirey. Recueil de Jurisprudence.
- Saillard.* — Le rôle de l'avocat au criminel. Thèse, Paris, 1904.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	7
Sujet de la thèse.....	7
Plan.....	9
Justification théorique de l'immunité.....	10

TITRE I

Les délits d'outrage, d'injures et de diffamation
et la législation spéciale aux troubles d'audience

SECTION PREMIÈRE

LES ORIGINES

SECTION II

LE DROIT MODERNE

CHAPITRE PREMIER. — <i>Diffamation</i>	22
Historique.....	22
Eléments du délit.....	24
Intention de nuire.....	25
a) Jurisprudence.....	26
b) Doctrine.....	26
1 ^o Théorie de M. Villey.....	27
2 ^o Théorie de M. Chavegrin.....	28
3 ^o Critique. Essai d'une théorie transactionnelle.	31
Publicité. Eléments.....	36
a) Discours, cris ou menaces.....	37
b) Profération.....	38
c) Lieux ou réunions publics.....	38

CHAPITRE II. — <i>Injure</i>	40
CHAPITRE III. — <i>Outrage</i>	43
1 ^o Historique.....	43
2 ^o Eléments.....	44
1 ^o Faits ou discours offensants.....	44
2 ^o Caractère public de la personne offensée.....	45
3 ^o Relation avec les fonctions.....	45
4 ^o Intention.....	45
5 ^o Présence de la personne outragée.....	45
3 ^o Conciliation des lois sur la presse et du Code pénal.	46
Premier système. Prééminence de la loi de presse.	47
Deuxième système. Prééminence du Code pénal..	48
a) Différence des cas visés par le Code pénal et la loi de presse.....	48
b) Non abrogation du Code pénal par la loi de presse.....	49
CHAPITRE IV. — <i>Réglementation spéciale des écarts de la parole en justice et plus généralement des troubles d'audience, depuis la Revolution jusqu'à 1881</i>	51
1 ^o Code de Procédure civile.....	51
2 ^o Code d'Instruction criminelle.....	52
3 ^o Code pénal.....	53
4 ^o Loi de 1819.....	56
2 ^o Textes divers.....	57
6 ^o Loi de 1881.....	58
Différences entre l'art. 41 et l'art. 23.....	59
Adjonction du mot outrage.....	60
Explications.....	61
Premier système.....	61
Deuxième système.....	62
Critique.....	63
Arguments de texte.....	63
Arguments de fond.....	64

TITRE II

Nature des dispositions de l'article 41

CHAPITRE PREMIER

L'ARTICLE 41 CONSTITUE-T-IL UNE DÉROGATION AU DROIT COMMUN EN FAVEUR DE LA DÉFENSE ?

1 ^o Système négatif du privilège.....	67
2 ^o Système du privilège de juridiction.....	68
3 ^o Système de l'immunité de fond.....	69

CHAPITRE II

EN QUOI CONSISTE LA DÉROGATION AU DROIT COMMUN

PREMIÈRE SECTION. — <i>Diffamation</i>	71
1 ^o Présomption de non extranéité.....	71
2 ^o Immunité pénale.....	72
a) Système de l'excuse légale.....	72
b) Système de la présomption de bonne foi.....	73
3 ^o Attribution de compétence pour déclarer l'extranéité.....	74
4 ^o Attribution de compétence pour prononcer les répressions spéciales du paragraphe 4.....	74
SECTION II. — <i>Injures</i>	74
1 ^o Privilège de fond.....	74
2 ^o Privilège de compétence.....	75

CHAPITRE III

QUESTIONS RELATIVES À LA COMPÉTENCE

1 ^o Possibilité d'une action ultérieure basée sur l'article 1382.....	76
2 ^o Nature de l'attribution de compétence de l'alinéa 4.....	77
a) Compétence <i>ratione materiæ</i>	78
b) Compétence <i>ratione personæ</i>	78

TITRE III

Condition d'application des règles édictées en faveur de la défense

CHAPITRE PREMIER

A QUI S'APPLIQUE L'IMMUNITÉ

CHAPITRE II

DEVANT QUELLES JURIDICTIONS S'APPLIQUE L'IMMUNITÉ

1 ^o Système restrictif.....	86
2 ^o Système extensif.....	89
a) Critiques.....	91
1 ^o Désaccord avec les intentions du législateur de 1819.....	91
2 ^o Insuffisance de protection des tiers.....	92
b) Remèdes.....	93
1 ^o Sens spécial du mot fond.....	93
2 ^o Rédaction d'un procès-verbal soumis ultérieu- rement au juge saisi.....	95
3 ^o Mesures analogues à celles de la loi de 1889..	97

CHAPITRE III

A QUEL DISCOURS S'APPLIQUE L'IMMUNITÉ ?

1 ^o Prononciation en justice.....	99
2 ^o Prononciation pour la défense des parties.....	100
a) Conciliation de l'article 41 avec les articles 181 et 505 du C. I. C.....	100
1 ^o Criterium de forme.....	102
2 ^o Criterium tiré du but des propos.....	103
b) Application alternative de l'article 41 et des articles 181 et 505 du C. I. C.....	106
3 ^o Qu'est-ce qu'un discours ?.....	111
a) Théorie de la défense régulière.....	
b) Théorie de la libre défense.....	

TITRE IV

Droits de la défense

CHAPITRE PREMIER

DIVISION DES DISCOURS EN TROIS CLASSES

Criterion des diverses classes.....	118
-------------------------------------	-----

CHAPITRE II

LES DÉLITS

PREMIÈRE SECTION. — <i>Faits diffamatoires étrangers</i>	
à la cause.....	121
a) 1 ^{re} Condition : Faire partie de la défense.....	121
b) 2 ^e Condition : Etre inutile à la justification des conclusions des parties.....	121
c) 3 ^e Condition : Constituer le délit de diffamation.....	123
SECTION II. — Propos étrangers à la défense.....	
a) Système de M. Barbier.....	124
b) Système de la protection de la défense.....	125

CHAPITRE III

FAUTE ET DROIT. ETENDUE DES DROITS DE LA DÉFENSE

Quasi délits et délits autres que l'injure, l'outrage et la diffamation.....	129
2 ^o Diverses catégories de propos offensants.....	132
a) Qualifications outrageantes.....	133
b) Imputations ou allégations outrageantes.....	135
a) Généralités. Principe d'utilité.....	135
Principe de vérité.....	135
b) Application.....	138
1 ^o Vis-à-vis des adversaires.....	139
2 ^o Envers les tiers.....	139
3 ^o Envers les témoins.....	140
Utilité.....	141

Vérité.....	142
4° Envers les experts.....	143
5° Envers le Ministère public.....	144
Thèse du barreau.....	145
Thèse de la jurisprudence actuelle.....	152
6° Envers le Président.....	159
7° Attaques contre les principes.....	162

TITRE V

Répression des excès de la défense et protection de ses droits

CHAPITRE PREMIER

DÉLITS

1° Délits étrangers à la défense.....	172
a) Tribunaux de droit commun.....	172
Action publique.....	172
Action civile.....	173
Action disciplinaire.....	175
Mesures diverses.....	175
b) Tribunaux d'exception.....	176
2° Diffamations étrangères à la cause.....	178
Distinction des tiers et des parties.....	178
1° Diffamations envers les parties.....	
a) Actions immédiates.....	99
b) Actions ultérieures. Réserves.....	12
Contenu des réserves.....	186
1° Précision des faits.....	186
2° Déclaration d'extranéité.....	187
Doit-elle être expresse?.....	187
Effet du défaut de réserves.....	189
Caractère de la nullité qui en résulte.....	189
Effet des réserves.....	191
Véritable nature des réserves.....	
2° Diffamations envers les tiers.....	

a) Action publique.....	196
b) Extranéité.....	196
c) Action disciplinaire.....	198

CHAPITRE II

FAUTES

1° Suppression.....	201
Compétence.....	202
Procédure.....	203
Discours qui peuvent être supprimés.....	205
Voies de recours.....	207
2° Dommages-intérêts. Compétence.....	208
Qui peut être condamné à des dommages-intérêts.....	211
Procédure.....	217
Cas où les dommages-intérêts sont réclamés à des tiers.....	218
Comparaison des dommages-intérêts et de la suppression.....	222
3° Injonctions. Impression. Affichage.....	223
Applicabilité de l'article 1034 aux discours.....	223
Procédure.....	226
Forme de publicité.....	227
4° Peines disciplinaires.....	229
Compétence.....	230
a) Cas où il s'agit d'une juridiction investie du pouvoir disciplinaire.....	232
Voies de recours.....	233
Possibilité d'action ultérieure.....	235
b) Juridiction dépourvue du pouvoir disciplinaire.....	237

CHAPITRE III

DROIT

PREMIÈRE SECTION. — <i>Recours en cassation pour violation des droits de la défense</i>	241
Conclusions de donné acte.....	245

SECTION II. — <i>Responsabilité des magistrats</i>	247
SECTION III. — <i>Qualité de l'avocat attaqué à raison de sa plaidoirie</i>	251

APPENDICE I

Situation des témoins et experts

PREMIÈRE SECTION. — <i>Mesures répressives</i>	257
A. — Responsabilité.....	257
<i>Premier système</i> . — Application de la loi de presse.....	258
<i>Deuxième système</i> . — Immunité absolue.....	259
<i>Troisième système</i> . — Restrictif.....	262
B. — Sanction.....	265
Faux témoignage.....	265
a) Éléments.....	265
1° Témoignage au cours d'un procès.....	265
2° Mensonge.....	266
3° Préjudice.....	267
4° Intention.....	267
5° Caractère définitif de la déposition.....	267
b) Pénalité.....	268
SECTION II. — <i>Protection</i>	268
Application des articles 30, 31 et 33 de la loi de 1881.....	269
<i>Première condition</i> . Qualité du témoin.....	269
<i>Deuxième condition</i> . Rapport avec sa déposition.....	
a) A quel moment doit se produire l'outrage pour tomber sous le coup des articles 30, 31, 33....	
b) Cas où la déposition n'a pas lieu.....	
Compétence et procédure.....	273
A. — Action publique.....	274
a) Diffamation. Plainte.....	274
1° Forme.....	274
2° Effet.....	274
3° Défaut de plainte ou désistement.....	275
b) Injure. Nécessité d'une plainte.....	
<i>Première opinion négative</i>	

Deuxième opinion affirmative.....	276
B. — Action civile.....	277

APPENDICE II

Les Magistrats

PREMIÈRE SECTION. — <i>Mesures répressives</i>	278
A. — Détermination.....	278
B. — Responsabilité.....	279
C. — Sanction.....	281
a) Pénale.....	281
b) Civile.....	284
1° Intervention à l'instance pénale.....	284
2° Prise à partie.....	285
3° Action ordinaire devant les Tribunaux civils.....	285
a) Théorie qui l'admet.....	285
b) Théorie qui la refuse.....	286
c) Disciplinaire.....	287
I. — Les juges.....	288
1° Avertissement.....	288
2° Pouvoirs du Garde des sceaux.....	288
3° Action disciplinaire proprement dite.....	289
II. — Les officiers du Ministère public.....	290
SECTION II. — <i>Protection</i>	292
CONCLUSION.....	294
INDEX DES CITATIONS.....	298

